



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Filosofia

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: FILOSOFIA

INDIRIZZO: FILOSOFIA TEORETICA E PRATICA

CICLO XXIV

Lo spazio dei diritti nelle teorie morali. Ricerche normative

Direttore della Scuola: Prof. Giovanni Fiaschi

Coordinatore d'indirizzo: Prof.ssa Francesca Menegoni

Supervisore: Prof. Franco Biasutti

Dottorando: Pierfrancesco Biasetti

*Of Equality – As if it harm'd me, giving others the same chances and rights as myself – As if it were not indispensable
to my own rights that others possess the same.*

Walt Whitman. Thought – Leaves of Grass

Abstract

In this work I will evaluate the functions of rights within the moral discourse, and I will point out the benefits and the characteristics of a moral theory that takes rights seriously. In the first chapter I will sketch a definition of rights as a moral category that can be distinguished from categories such as the ones of juridical rights and natural rights. In the second chapter, I will propose a Hohfeldian analysis of the normative syntax of rights, and I will focus on the key problem of the relation between rights and duties. The issue I will deal with in the third chapter is the general function of specific rights. On this matter I will draw an hybrid solution between the orthodox proposals of the so-called interest and choice theories, and the more recent approaches provided by the past ten years literature. In the fourth and fifth chapters topics such as the conflict of rights, their violations and infringements will allow me to go deeper in the context and premises of the model of moral theory that I will take into account in the last section of this work. In the sixth chapter I will give an answer to the central questions of this research, and I will also provide a general model of abstract rights, by shading light on their original normative functions. I will use this model to investigate the possibility of justifying a moral theory on its ground, and I will compare this kind of theory with other theories structured upon different categories of normative objects – like duties and goals.

In questo lavoro cercherò di valutare quali siano le funzioni dei diritti nel contesto del discorso morale, e di individuare le caratteristiche e i vantaggi posseduti da una teoria morale che prenda i diritti sul serio. Nella primo capitolo isolerò una definizione di diritti come categoria morale – *moral rights* – originale rispetto ad altre declinazioni di questo concetto – in particolare, rispetto ai diritti giuridici e ai diritti naturali. Nel secondo capitolo proporrò un'analisi di matrice Hohfeldiana della sintassi normativa dei diritti soffermandomi sul nodo concettuale della relazione tra diritti e doveri. La questione che affronterò nel terzo capitolo sarà quella della funzione generale dei diritti, ed elaborerò una soluzione ibrida tra le proposte ortodosse basate sulle cosiddette teorie dell'interesse e della scelta, e i più recenti approcci forniti dalla letteratura degli ultimi dieci anni. I temi del conflitto tra diritti, della loro violazione e dell'infrangimento mi permetteranno di approfondire nel quarto e nel quinto capitolo il contesto e le premesse del modello di teoria morale cui farò riferimento nell'ultima sezione di questo lavoro, quella in cui cercherò di rispondere alle domande

centrali della ricerca. Nel sesto capitolo fornirò infatti un modello generale di diritti, mettendone in luce le funzioni normative originali. Adopererò questo modello per vagliare le possibilità di giustificare, a partire da esso, una teoria morale, e confronterò questo tipo di teoria con alternative strutturate a partire da diverse categorie di oggetti normativi – come i doveri e gli scopi.

Indice generale

Introduzione.....	11
1. Diritti e sistemi normativi.....	23
1.1 Diritti morali e diritti giuridici.....	25
1.1.1 Il pregiudizio giuridico.....	26
1.1.2 Normatività pratica.....	29
1.1.3 Generi di normatività pratica: sociale, convenzionale, prudenziale.....	31
1.1.4 Generi di normatività pratica: morale, giuridica.....	32
1.1.5 Diritti giuridici e diritti extra-giuridici.....	36
1.1.6 Una nozione inefficace?.....	38
1.1.7 Un figlio senza padre?.....	40
1.1.8 Gli argomenti di Bentham esaminati.....	43
1.2 Diritti morali e diritti naturali.....	45
1.2.1 Diritti soggettivi nel mondo antico?.....	47
1.2.2 La nascita dei diritti soggettivi nel tardo medioevo.....	51
1.2.3 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: de Groot.....	52
1.2.4 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: Hobbes.....	55
1.2.5 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: Locke.....	58
1.2.6 I filoni tedesco e scozzese.....	60
1.2.7 La stagione delle grandi dichiarazioni.....	64
1.2.8 I diritti naturali nel novecento.....	67
1.2.9 Diritti morali o diritti naturali?.....	68
2. La struttura normativa dei diritti.....	75
2.1 Diritti e doveri.....	77
2.1.1 Doveri, obblighi, <i>ought</i>	78
2.1.2 Che cosa significa correlazione?.....	80
2.1.3 Correlazione biunivoca e correlazione univoca.....	81
2.1.4 Doveri senza diritti.....	83
2.1.5 Diritti senza doveri?.....	88
2.2 La sintassi dei diritti.....	90
2.2.1 Le due tavole hohfeldiane.....	91
2.2.2 Gli elementi atomici hohfeldiani: la prima tavola.....	92
2.2.3 Gli elementi atomici hohfeldiani: la seconda tavola.....	96
2.2.4 La nozione di «dovere hohfeldiano».....	98
2.2.5 Gli elementi atomici hohfeldiani e la triade deontica.....	100
2.2.6 I diritti come composti molecolari.....	101
2.2.7 L'analisi hohfeldiana e la pregiudiziale deontologica.....	103
2.3 Il pregiudizio deontologico.....	106
2.3.1 Un mondo senza diritti.....	107
2.3.2 Diritti come titoli.....	110
2.3.3 Diritti «manifesto».....	112
2.3.4 Tre modelli di correlazione.....	114
2.3.5 Le possibilità di una priorità dei diritti.....	117
3. La funzione dei diritti specifici.....	121
3.1 La teoria dell'interesse.....	124
3.1.1 I caratteri originali della teoria dell'interesse.....	124
3.1.2 Il ruolo dei diritti nella teoria dell'interesse.....	126

3.1.3 Diritti, interessi e benefici.....	128
3.2 La teoria della scelta.....	131
3.2.1 I caratteri originali della teoria della scelta.....	131
3.2.2 I limiti della teoria della scelta.....	133
3.2.3 Il problema del soggetto.....	135
3.3 Oltre le teorie dell'interesse e della scelta.....	138
3.3.1 La teoria delle funzioni multiple.....	138
3.3.2 La teoria del vincolo giustificato.....	140
3.3.3 La teoria ibrida.....	144
3.3.4 La teoria inclusiva	147
3.4 I diritti specifici come ragioni morali e giustificazioni.....	150
3.4.1 I caratteri di una teoria sulla funzione dei diritti.....	150
3.4.2 «Violare» un elemento hohfeldiano.....	151
3.4.3 Il carico informativo degli elementi hohfeldiani.....	154
3.4.4 La capacità di giustificare degli elementi hohfeldiani.....	155
3.4.5 I diritti come giustificazioni direttamente connesse col soggetto.....	159
3.4.6 La capacità di questo approccio.....	163
3.4.7 Il soggetto e lo spazio normativo secondo questo approccio.....	165
4. Il conflitto tra diritti: dilemmi e teorie morali.....	169
4.1 Conflitti e dilemmi.....	171
4.1.1 Il conflitto tra diritti: la prima tavola hohfeldiana.....	172
4.1.2 Il conflitto tra diritti: la seconda tavola hohfeldiana.....	174
4.1.3 Dilemmi morali e consistenza.....	177
4.1.4 Argomenti in favore dei dilemmi.....	180
4.2 Dilemmi e teorie morali.....	186
4.2.1 Realismo e anti-realismo.....	187
4.2.2 L'epistemologia dei sistemi normativi morali.....	190
4.2.3 Una strategia anti-realista.....	193
4.2.4 La morale come invenzione e dispositivo.....	196
4.2.5 Morale in senso stretto e normatività prudenziale.....	199
4.2.6 Morale in senso stretto e motivazione.....	207
5. Il conflitto tra diritti: ordinamento, violazione e infrazione.....	211
5.1 Strategie di ordinamento.....	213
5.1.1 Diritti assoluti.....	213
5.1.2 Strategie di ordinamento: lo specificazionismo.....	216
5.1.3 Strategie di ordinamento: l'approccio <i>prima facie</i>	218
5.1.4 Che cosa sono i diritti <i>prima facie</i>	221
5.2 Violare e infrangere un diritto.....	225
5.2.1 Violazione e infrazione.....	225
5.2.2 La colpa nell'infrazione.....	227
5.2.3 Gli obblighi di riparazione nell'infrazione.....	231
5.2.4 Le due soglie dei diritti.....	234
5.2.5 L'argomento formale contro la distinzione.....	237
5.3 I diritti astratti.....	240
5.3.1 I diritti astratti e i diritti specifici.....	240
5.3.2 Le altre due soglie dei diritti.....	242
6. Diritti e teorie morali.....	247
6.1 Il quadro del confronto.....	249
6.1.1 Il luogo del confronto: la morale in senso stretto.....	249
6.1.2 La cornice normativa.....	253

6.1.3 I criteri della ricerca.....	255
6.2 Oggetti normativi e teorie morali.....	258
6.2.1 Teorie morali basate su un genere di oggetto normativo particolare.....	258
6.2.2 Oggetti normativi potenzialmente basilari.....	261
6.3 Diritti, doveri, scopi.....	263
6.3.1 Un modello polifunzionale per i diritti astratti.....	263
6.3.2 Alcune perplessità su questo modello.....	266
6.3.3. Problematiche legate alla nozione di «rivendicare».....	269
6.3.4 Gli scopi.....	270
6.3.5 Gli scopi come elementi basilare di una teoria morale.....	272
6.3.6 I doveri.....	274
6.3.7 I doveri come elementi basilari di una teoria morale.....	276
6.3.8 I limiti di una morale fondata sui diritti.....	281
6.4 Il bilanciamento dei diritti.....	285
6.4.1 Modelli di bilanciamento.....	285
6.4.2 Modelli di bilanciamento alla prova dei fatti.....	286
6.4.3 Limiti di questi modelli.....	288
6.4.4 Diritti e utilitarismo.....	289
6.4.5 Il consequenzialismo esteso di Sen.....	291
6.4.6 Il modello di bilanciamento connesso con il consequenzialismo esteso.....	294
6.4.7 Indice lessicale e utilitarismo dei diritti.....	297
6.4.8 Tra consequenzialismo e deontologia.....	301
6.5 Diritti e valori.....	303
6.5.1 Un argomento a favore dell'eguaglianza.....	303
6.5.2 Il <i>telos</i> e i funzionamenti.....	306
6.5.3 Le aporie della libertà negativa.....	309
6.5.4 Beni primari e necessità.....	313
6.5.5 Benessere e risorse.....	317
6.5.6 Capacità.....	319
6.5.7 Capacità e risorse: una valutazione	321
Conclusioni.....	327
Bibliografia.....	333

Introduzione

L'idea moderna, ma soprattutto contemporanea, che gran parte delle rivendicazioni relative alla giustizia possano e debbano essere espresse in termini di diritti, ha dato luogo a pretese spesso piuttosto vaghe e contraddittorie, prive di un chiaro referente e di giustificazioni. L'insieme di queste rivendicazioni forma quello che potremmo chiamare discorso di *prim'ordine* sui diritti¹: quel genere di discorso filosoficamente annacquato, non privo di inconsistenze e schiacciato sulla dimensione retorica e politica di questa nozione, che è possibile ritrovare aprendo un giornale o assistendo a un dibattito pubblico. Spesso, la forza che garantisce l'uso di questo discorso, diventa una scusa per il suo abuso. La plasticità e la potenza retorica dei discorsi di prim'ordine finisce, infatti, col far dimenticare la problematicità della nozione di diritti, e nasconde sotto il tappeto una grande quantità di questioni di *second'ordine* – ovvero filosoficamente rilevanti – riguardo a essa. Il discorso di prim'ordine viaggia quasi sempre leggero, e fa questo allo scopo di viaggiare veloce. Nondimeno, a causa di questa sua leggerezza, rischia di trovarsi del tutto impreparato di fronte alle critiche più strutturate, e a svalutare in questo modo sempre di più il linguaggio dei diritti, inflazionandolo.

È bene notare a proposito che la necessità di una riflessione filosofica non coinvolge soltanto il problema di come *giustificare* i vari singoli diritti rivendicati – come spesso sembra emergere da chi esprime insofferenza per tutti o per determinati ambiti del discorso di second'ordine². È quantomeno ingenuo sperare che temi come quelli della *proliferazione* dei diritti, dei *soggetti* di diritti, del *conflitto* tra diritti, e tanti altri, possano essere risolti senza un serio intervento della riflessione filosofica. Una simile ingenuità rischia inoltre di legare ogni discorso di prim'ordine alla sottile corda degli appelli *ad auctoritas* o *ad populum*. Per cogliere quest'ultimo aspetto del problema basta soffermarci per un attimo a riflettere su tre nodi critici della nozione di diritti.

Sarà forse anche vero, come sostenuto da alcuni autori³, che vi sia un certo consenso generale attorno all'idea per cui è necessario adottare la nozione di diritti per costruire le nostre idee normative più generali e pressanti – quelle legate per esempio alle sfere della giustizia e della moralità sociale. Ma è altrettanto vero che il consenso su che cosa sia un diritto, e su quali siano le sue funzionalità e caratteristiche normative, è tutt'altro che scontato. Inoltre, dal punto di vista di

1 Seguo in questo la dicitura adoperata da Loren Lomasky in *Persons, rights and the moral community*, Oxford University Press, Oxford 1987.

2 Una insofferenza di questo genere si legge per esempio in R. Rorty, *Human rights, rationality and sentimentality*, in S. Shute e S. Hurley (a cura di), *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*, Basic Books, New York 1993. Un analogo scetticismo nei confronti dell'utilità del discorso filosofico nella pratica dei diritti si può ritrovare nelle teorie che fanno di questa una pratica esclusivamente politica: una proposta di questo genere è, per esempio, quella di C.R. Beitz, *The idea of human rights*, Oxford University Press, Oxford 2009.

3 Vedi N. Bobbio, *L'età dei diritti. Dodici saggi sul tema dei diritti dell'uomo*, Einaudi, Torino 1990, pp. 18 e sg.

una riflessione di second'ordine, l'idea che sia possibile partire dai diritti per costruire una teoria normativa soddisfacente è stata contestata numerose volte, sia nel passato, che nel nostro tempo. L'uso indiscriminato dell'appello ai diritti, se privo di una solida base concettuale, non può che nascondere una certa vaghezza nella formulazione delle proprie aspirazioni normative, accompagnata dalla pretesa autoritaria che si possa fare a meno di considerare le tradizioni contrarie.

Secondariamente, mantenere il discorso dei diritti esclusivamente all'interno della sua sfera di prim'ordine significa lasciare le briglie sciolte al processo di continua produzione di nuove pretese e rivendicazioni che accompagna la storia di questa nozione fin dalla sua nascita, rinunciando a ogni tentativo di governarlo razionalmente. Questo continuo arricchimento di rivendicazioni e di soggetti portato avanti dal linguaggio dei diritti è stato una fonte di progresso morale notevole. Ma allo stesso tempo, ha sbiadito le caratteristiche originali della nozione. Nello specifico, la continua immissione di particolarità nel discorso normativo dei diritti rischia di minare il presupposto stesso che ne aveva alimentato la forza morale: quella universalità delle caratteristiche moralmente rilevanti della persona. I diritti tendono sempre più a tutelare le differenze. Questa tendenza possiede degli aspetti moralmente positivi, ma, lasciata a se stessa e senza un quadro teorico di sfondo che sia in grado di impedirne la deriva, non può che contribuire a trasformare nel lungo termine i diritti in meri privilegi.

Infine, una discussione improntata esclusivamente alla dimensione di prim'ordine evita del tutto di porsi la domanda più importante riguardo ai diritti: quella circa l'originalità di questa nozione. Conosciamo bene la potenza retorica di questo linguaggio. Ma esso è in grado di apportare qualcosa di importante o di unico da un punto di vista normativo, oppure è soltanto un modo particolarmente accattivante e facile di «vendere» le nostre idee morali? Cambia realmente qualcosa esprimendo una aspirazione nei termini di un diritto, o si tratta soltanto di una procedura retorica diventata standard nella nostra epoca per rendere accettabile agli altri una data pretesa normativa?

Per i motivi precedenti non mi sembra affatto scontata l'importanza della ricerca filosofica attorno a questa nozione. In particolar modo, mi sembra piuttosto urgente l'ultima questione. Soltanto rispondendo a essa si può rispondere efficacemente alle accuse che vedono dietro il linguaggio dei diritti solo un'impresa di «marketing» di valori e idee morali specifiche, o una «industria» volta a moltiplicare indefinitamente le singole pretese soggettive. L'obiettivo di questa ricerca è pertanto quello di descrivere e misurare lo spazio che i diritti possono avere all'interno di una teoria morale. Da una parte indagando preliminarmente quali siano le caratteristiche strutturali e funzionali di questa categoria – e se esse siano originali. Dall'altra osservando le modalità attraverso cui i diritti possono essere impiegati all'interno di una teoria morale, e quale sia il ventaglio di conseguenze

prodotto dai differenti modi di utilizzo. I risultati di queste due ricerche saranno poi impiegati per indagare le condizioni di possibilità, le funzionalità, le caratteristiche, i pregi e i difetti di una *teoria morale basata sui diritti*.

Come si sarà notato, ho adoperato la locuzione *teoria morale*⁴: la mia operazione di studio filosofico sarà infatti esclusivamente limitata a questo campo di indagine. Per questo motivo i diritti di cui parlerò saranno da intendersi come quei *moral rights* la cui formulazione concettuale originaria è da rintracciarsi nell'ambito della filosofia in lingua inglese – ambito che sarà la mia fonte primaria per quanto riguarda la letteratura e il metodo di analisi filosofica⁵.

Laddove le tradizioni filosofiche continentali hanno teso a vedere nei diritti una categoria di natura prettamente giuridica, o legata ad aspetti generalmente riconducibili all'ambito legislativo e politico, è normale nella tradizione filosofica in lingua inglese declinare questa nozione su piani normativi diversi – tra cui, per l'appunto, anche quello morale. Nello specifico, con diritti morali si va a intendere quel genere di diritti che determinate categorie di soggetti possiederebbero in virtù di quello che è il loro valore morale, senza che ciò sia posto in collegamento con la tutela effettiva di queste rivendicazioni normative da parte di istituzioni o legislazioni positive di sorta. È una definizione piuttosto generale, ma ciò è al momento inevitabile: specificarla ulteriormente significherebbe adottare implicitamente uno dei tanti punti di vista che si possono assumere in proposito.

L'ipotesi di fondo di questa ricerca si basa sull'intuizione che ci sia molto spazio per la categoria normativa dei diritti nell'ambito della morale. Come si vedrà, sono numerose le caratteristiche funzionali originali che si possono acquisire in una teoria morale «prendendo i diritti sul serio», e molte di queste propongono soluzioni particolarmente appetibili ad alcune questioni generali poste dall'impresa normativa. Le possibilità di indagine teoretica sui diritti morali sono molteplici, seguire quelle più promettenti sarà l'oggetto di questo lavoro.

Lavoro che vorrei esporre adesso nella sua articolazione⁶. La ricerca è suddivisa in sei capitoli, più

4 In questo lavoro adopererò i termini «etica» e «morale» come sinonimi.

5 Sebbene la nozione di diritti sia – e sia stata discussa – in tutte le lingue e tradizioni filosoficamente importanti, la scelta di concentrarmi sulla letteratura in lingua inglese dipende dalla ricchezza dei temi utili per la mia ricerca che è possibile rinvenire in essa. La letteratura continentale si è spesso concentrata sulla nozione di diritto soggettivo naturale – seguendo un percorso generalmente di ascendenza scolastica – il quale, sebbene molto fecondo, è periferico rispetto all'oggetto di questo lavoro; oppure ha considerato la nozione di diritti soltanto in termini politici o giuridici – mentre i miei interessi sono principalmente legati all'etica normativa; ha infine fornito delle critiche, spesso piuttosto acute, al linguaggio e alla pratica dei diritti, senza però restituire elementi per una ricostruzione filosoficamente interessante di questi. Al contrario, la letteratura in lingua inglese ha affrontato numerosi temi originali posti oltre la discussione «classica» riguardo al diritto soggettivo naturale, o al rapporto tra diritti e istituzioni positive. Mi riferisco in particolar modo all'analisi della sintassi normativa riguardo ai diritti (*che genere di oggetti normativi sono i diritti?*), allo studio delle funzioni di questa nozione (*quali funzioni hanno i diritti all'interno di un discorso normativo?*) e al dibattito riguardo al rapporto tra diritti e valori (*quale contenuto hanno i diritti?*), tutti temi che tratterò ampiamente in queste pagine.

6 Una nota metodologica. Nel vagliare ipotesi di natura normativa generalmente si adoperano – per seguire una

questa introduzione, le conclusioni e la bibliografia. Il capitolo centrale è l'ultimo: in esso fornisco un modello di diritti astratti e procedo a vedere come è possibile costruire una teoria morale specifica a partire da esso, confronto questo tipo di teoria con delle alternative strutturate invece a partire da doveri o da scopi e propongo, sulla base di una discussione sui valori, due diritti fondamentali: un diritto all'equo trattamento, rispetto e considerazione, e un diritto a ricercare autonomamente e in maniera progressiva la propria felicità. Nei cinque capitoli precedenti preparo il terreno per questa operazione, esplorando la nozione di diritti da un punto di vista formale, inquadrando le cornici possibili per una teoria morale basata sui diritti, le funzionalità che essa deve svolgere, e le sue caratteristiche generali.

La metodologia che seguirò nel mio procedere argomentativo avrà una natura principalmente *comparativa*⁷. È possibile isolare due stili argomentativi diversi a proposito delle problematiche normative che mi pongo in questo lavoro. Il primo è un approccio che definirei «trascendentale». Questo metodo punta a ricercare quali sono i caratteri fondamentali di un'ideale di giustizia che sia in qualche modo definitivo. Come sfondo teoretico esso pone alcune premesse «forti»: che esista un unico modello di giustizia in linea teorica perfetto e capace di dare una risposta puntuale a tutti i problemi pratici particolari, che vi sia un canale di accesso conoscitivo per questo ideale, e che sia possibile così dare una fondazione stabile alle nostre teorie normative. Dati questi caratteri l'approccio trascendentale privilegia come metodo la ricerca di principi universali da cui è possibile dedurre una serie di istituzioni «giuste», privilegiando questo aspetto rispetto a quello derivante dalla valutazione delle conseguenze normative prodotte da queste istituzioni.

Il secondo approccio, che ho definito «comparativo», parte invece da assunti teoretici differenti.

distinzione proposta da Amartya Sen (*Equality of what?*, “Tanner Lectures on Human Values” 1 (1980), pp. 198-7) – due generi di argomenti. Ci si può appellare alle premesse generali di una teoria per vedere se un dato principio è consistente con queste. Oppure si può mostrare come le implicazioni di un insieme di premesse possano portare a casi esemplari che contrastano con le nostre intuizioni morali di base. Sen battezza rispettivamente questi generi di argomenti come critiche basate su principi [*prior-principle critiques*], e critiche basate sulle implicazioni di un caso [*case-implication critiques*]. Quest'ultimo raggruppamento di argomenti è stato spesso messo in cattiva luce, poiché si concreta generalmente nella costruzione a tavolino di casi esemplari, i quali riproducono di solito situazioni limite difficilmente esperibili nella vita pratica di tutti i giorni. Si tratta questa di un'osservazione certamente sensata, ma a essa si può replicare con numerosi argomenti. Anzitutto questo genere di casi «costruiti a tavolino» possiede un valore indipendente dalla quotidianità, poiché serve a *illustrare* un problema di una teoria e in seguito a discuterlo, e non a confutare direttamente questa senza alcun appello. Secondariamente la natura complessa e a volte astratta di questi casi esemplari nasce dall'esigenza di sintetizzare in una data situazione tutti gli elementi più discutibili di una data teoria: sebbene spesso si riproducano in questa maniera situazioni implausibili, va da sé che queste possano poi essere a loro volta scomposte o smussate per creare esempi molto più concreti e quotidiani di quanto ci si possa immaginare, i quali saranno meno problematici del caso limite – ma comunque non per questo pacifici. Questi casi esemplari, insomma, sono generalmente delle *dramatization* di situazioni più complesse, di cui si cerca di cogliere soltanto gli aspetti essenziali. Infine, per quanto improbabili, queste situazioni si possono comunque realizzare in linea teorica – e ciò non può essere facilmente accantonato come uno pseudo problema. Per una difesa articolata delle obiezioni basate sui casi eccezionali vedi A. Sen, *Rights and agency*, “Philosophy & Public Affairs” 11 (1981).

⁷ Questo genere di metodologia si ritrova, per citare tre autori contemporanei, nei lavori di Alan Dershowitz (*Rights from wrongs. A secular theory of the origins of rights*, Basic Books, New York 2004), John Leslie Mackie (*Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin Book, London 1977) e Amartya Sen (*The idea of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2009).

In particolare, esso rimane agnostico di fronte alle possibilità di esistenza di un'ideale di giustizia perfetto ed eterno, o alle capacità umane di concettualizzarlo. Non per questo esso ritiene una ricerca normativa di questo tipo inutile: per condurla, infatti, non è necessario partire da un'ideale di giustizia perfetto e dalla deduzione delle istituzioni giuste che da questo derivano. Il metodo corretto è piuttosto quello di raccogliere i vari modelli disponibili di questo ideale, e, abbandonando la pretesa che uno di essi possa essere perfetto – quindi l'unico *reale* –, compiere una comparazione alla ricerca di quello che sembra essere il migliore – o il meno ingiusto. Lo scopo non è quindi quello di cercare di *fondare* una qualche idea forte di giustizia, ma semplicemente quello di *giustificare* quella che tra le varie proposte sembra essere, dopo un vaglio comparativo, la più adatta alle nostre esigenze. Per fare questo bisogna necessariamente definire queste esigenze, e ciò implica avere un'idea delle funzioni che sono chiamate a svolgere le istituzioni giuste, e a valutarle quindi a partire dalle loro conseguenze, piuttosto che dall'accordo coi principi generali che stanno alla loro base.

Presenterò adesso un sommario relativo a tutte le parti del lavoro. Il primo capitolo prende avvio da una discussione di natura apologetica riguardo alle stesse possibilità di adoperare la nozione di diritti all'interno di un discorso morale. Contro questo impiego si concentrano, infatti, due grandi categorie di critiche. La prima è formata da obiezioni che cercano di screditare il linguaggio dei diritti in generale, partendo da quelle che potrebbero essere le sue conseguenze, oppure dalla sua incapacità di fondare gran parte degli aspetti di una teoria morale. Di questo genere di obiezioni mi occuperò a partire dal capitolo quarto. La seconda categoria contiene invece argomenti volti a mostrare, in via pregiudiziale, come non sia possibile adoperare la nozione di diritti nell'ambito della teoria morale. Ciò avviene sulla base di tre considerazioni. La prima afferma che i diritti sono un tipo peculiare di oggetto normativo, le cui caratteristiche sono tali da rendere sensata la sua applicazione soltanto nelle forme *positive* di normatività – come quelle che compongono l'ambito giuridico – e non quindi nella dimensione morale. La seconda afferma che i diritti morali non sono altro che una riproposizione, in salsa moderna, della vecchia e «screditata» nozione di diritti naturali. La terza afferma che l'intero discorso sui diritti può essere tradotto nel vocabolario dei doveri, ed è pertanto ridondante e normativamente inutile – se non come strumento retorico. Nel primo capitolo mi occuperò delle prime due affermazioni.

E lo farò anzitutto cercando di chiarire quali possono essere le diverse dimensioni che può assumere il discorso normativo. Prendendo sul serio la pluralità di livelli normativi, dovrebbe risultare chiaro che l'abituale connessione tra *diritti* e *diritto* è da considerarsi alla stregua di un *incidente lessicale* di natura storico-genetica. Non vi sono infatti argomenti migliori per considerare i diritti come una categoria esclusivamente giuridica di quelli che ve ne siano per considerare allo

stesso modo i doveri, o altre categorie normative simili.

Successivamente affronterò la questione del rapporto tra diritti morali e diritti naturali. Adopererò a tal fine in questa parte del lavoro un taglio di matrice storico-concettuale, ripercorrendo la storia della genesi e dello sviluppo della nozione di *diritti soggettivi*, la quale è la matrice per comprendere tutte le varie declinazioni della categoria di diritti – diritti morali inclusi. Ciò mi permetterà di ricostruire in maniera schematica le varie traiettorie storiche assunte dalla nozione di diritti naturali. Questa emergerà essere una categoria del tutto eterogenea, difficilmente definibile in maniera univoca se si prescinde dal contesto della teoria che le fa da sfondo. Le caratteristiche problematiche che le vengono ascritte riguardano solitamente l'eccessivo «bagaglio» ontologico ed epistemologico, e il rapporto a senso unico con il piano della normatività giuridica. Il mio obiettivo a proposito sarà quello di mostrare come le varie teorie dei diritti naturali – almeno una parte di queste – non sono altro che un sottoinsieme del più vasto raggruppamento delle teorie possibili riguardo ai diritti morali – e non viceversa⁸. La nozione di diritti morali è infatti di per sé neutrale riguardo alle scelte ontologiche ed epistemologiche che possiamo adoperare, così come per quanto riguarda il rapporto tra la normatività morale e quella giuridica. Per questo motivo non è possibile ridurre il discorso sui diritti morali a quello sui diritti naturali.

Cominciare il mio lavoro da un punto di vista apologetico mi permetterà di evitare la disinvoltura che affligge numerose discussioni – questa volta anche di second'ordine – sui diritti, e mi darà inoltre modo di introdurre e impostare tutta una serie di questioni che ritorneranno in seguito. La discussione delle prime due critiche pregiudiziali nel primo capitolo sarà, infatti, la «scusa» per cominciare a dire qualcosa riguardo alla normatività morale in generale e alle funzioni particolari dei diritti soggettivi. Allo stesso modo, nel secondo capitolo la discussione della terza critica pregiudiziale – quella riguardo alla possibilità di ridurre il vocabolario dei diritti a quello dei doveri – mi permetterà di affrontare la questione della *sintassi normativa* dei diritti. Descrivere questa non significa fare altro che delineare analiticamente gli elementi normativi che possono essere presenti in un diritto, e fornire un quadro delle loro relazioni. Quali e quanti significati si possono ritrovare nell'avere un diritto? Per rispondere a questa domanda affronterò principalmente un lavoro di esposizione, discussione ed emendazione del quadro analitico disegnato da Wesley Newcomb Hohfeld agli inizi del secolo scorso, e approfondito dagli autori che si sono occupati di questo problema dopo di lui negli anni passati. Il focus del capitolo sarà quello di fornire un'analisi convincente di quali possano essere gli interventi normativi di un diritto al livello «micro» dei *diritti specifici*: quei diritti, ovvero, che possiedono un contenuto specificato *hic et nunc*, e che non

⁸ Numerosi autori adoperano in maniera intercambiabile i termini «diritti naturali», «diritti umani» e «diritti morali». Si tratta a mio avviso di un uso che, sebbene possa risultare legittimo sulla base delle definizioni specifiche di questi termini, è una fonte di numerosi equivoci, e sarebbe pertanto utile abbandonare.

vanno confusi con quelle rivendicazioni più generali e universali poste a un livello «macro», definibili come *diritti astratti*. Seguendo Hohfeld individuerò otto elementi primitivi connessi direttamente o indirettamente con la nozione di diritti, divisi in due gruppi di quattro sulla base di uno schema di correlazioni e opposizioni.

Partendo da questo esame chiarificherò successivamente il nodo del rapporto tra *diritti, doveri e obbligazioni*. Si danno sostanzialmente due maniere attraverso cui diritti e doveri entrano in relazione. Da una parte come termini correlati attraverso una relazione di implicazione logica. Dall'altra come termini correlati attraverso una relazione di giustificazione. È possibile giustificare i diritti a partire dai doveri, e quindi considerare questi ultimi come prioritari sui primi soltanto attraverso questa seconda relazione. Ma non vi sono ragioni pregiudiziali per cui sia necessario – da un punto di vista formale – procedere necessariamente in questa direzione. È infatti possibile andare anche in senso inverso nell'ordine di giustificazione: dai diritti ai doveri. E la questione non può quindi essere risolta sull'astratto piano formale, ma deve essere rimandata a una successiva discussione sul significato morale di partire da una nozione piuttosto che dall'altra – discussione che sarà posposta all'ultimo capitolo.

Nel terzo capitolo, infatti, continuerò a lavorare sulla nozione di diritti specifici. In particolare, affronterò la questione di quale sia la funzione – o le funzioni – normativamente rilevanti di questo genere di diritti. Se l'analisi della sintassi normativa è utile per comprendere quali strutture normative si possano trovare, isolate o in combinazioni, all'interno di un diritto, ciò ancora non comporta che si siano stabilite le funzioni sopravvenienti alla somma di questi elementi atomici. L'indagine a tal proposito sarà divisa in tre parti. Nella prima vaglierò le due teorie ortodosse sulla questione: le cosiddette *teoria dell'interesse* e *teoria della scelta*. Il dibattito tra queste due posizioni ha occupato gran parte della letteratura sull'argomento degli ultimi decenni, e ha avuto come risultato quello di portare alla luce difetti imbarazzanti e crepe insanabili nella struttura di entrambe, impantanandosi così in uno stallo da cui non sembrano esserci vie d'uscita.

L'insofferenza nei confronti di questa situazione ha recentemente rivitalizzato la discussione filosofica sul problema. Nell'ultimo decennio sono sorte alcune interessanti alternative alle due teorie ortodosse, di cui mi occuperò nella seconda parte del capitolo, mostrandone gli spunti originali, ma anche i limiti critici. Partendo da queste proposte, nell'ultima parte fornirò il mio contributo al dibattito. Saranno tre le considerazioni da cui muoverà il mio ragionamento: i punti forti individuati in alcune teorie esaminate in precedenza; le aspettative di fondo riguardo a quali dovrebbero essere gli obiettivi di una teoria sulla funzionalità dei diritti specifici; un'analisi in termini funzionali degli elementi hohfeldiani discussi nel precedente capitolo. Da qui, la mia proposta potrà essere sintetizzata in questi termini: la funzione di un diritto specifico è quella di

giustificare normativamente all'interno di una relazione tra due soggetti alcuni tipi di comportamento – doveroso o possibile – in relazione a una caratteristica importante posseduta dal soggetto titolare⁹. Questa caratteristica può essere collegata a qualche fatto normativamente centrale, come per esempio – ma non esclusivamente – il possesso di un qualche diritto astratto. Nuovamente, il livello «micro» della discussione sui diritti specifici non può che rimandare a quello più generale dei diritti astratti, e dei valori che questi difendono attraverso il rivestimento della propria scorza protettiva.

Prima di affrontare la questione dei diritti astratti e del rapporto tra diritti e valori mi soffermerò nel quarto capitolo sulla problematica del *conflitto tra diritti*. A tal fine sarà necessario dapprima chiarire che cosa si intende per conflitto e per dilemma pratico, mostrando poi quale forma questi possano assumere quando nell'oggetto del contendere rientrano uno o più diritti. Successivamente scandaglierò brevemente le diverse posizioni attorno alla possibilità, realtà o addirittura necessità dei dilemmi morali. Il mio intento qui sarà di mostrare come – contro un modo di procedere piuttosto diffuso – è ozioso prendere parte per l'una o per l'altra opinione a proposito dei dilemmi pratici partendo da un punto di vista che si voglia esterno e neutrale riguardo alla teoria morale. Per decidere riguardo alla realtà o irrealtà delle situazioni di conflitto è richiesto che si adotti preventivamente un quadro di sfondo in grado di determinare le coordinate ontologiche ed epistemologiche attraverso cui sono concepiti i vari oggetti normativi. Per questo motivo nella seconda parte del capitolo accantonerò momentaneamente la discussione sul conflitto tra diritti per delineare i confini del mio quadro di riferimento.

Esso si basa sulla metaetica scettica offerta dalla *teoria dell'errore*, così come essa è stata elaborata da autori come John Leslie Mackie. Secondo questo modo di vedere *anti-realista* le scelte morali sono in generale frutto delle preferenze dei soggetti, e gli oggetti normativi più importanti – quelli che regolano i rapporti sociali legati alla limitazione della conflittualità e alla promozione della cooperazione e della coordinazione – sono frutto di convenzioni e di «invenzioni» intersoggettive. L'ambito della morale intersoggettiva – definita come *morale in senso stretto* – può essere visto come un dispositivo volto a limitare i danni provocati dalla scarsità delle risorse e dalla razionalità limitata del *self-interest* individuale. Ed è precisamente in questo ambito che si ritrovano le rivendicazioni connesse ai diritti.

Partendo da questo quadro diventa possibile costruire un argomento in favore dell'ordinabilità dei vari oggetti normativi, e pertanto contro gli stalli causati dalle situazioni di dilemma, nell'ambito di questa porzione della moralità. La conflittualità tipica di molte situazioni proprie dell'ambito

⁹ Questo ruolo «giustificatorio» fa sì che i diritti morali debbano essere visti, più che alla stregua di «norme» in senso stretto, come «ragioni» per norme di vario genere.

pratico, congiunta all'impossibilità di trovare in molti casi una scelta ottimale, non possono essere viste come un impedimento alla necessità di trovare un qualche tipo di scelta di fronte alle situazioni più cruciali prodotte dalla condizione umana.

Il quinto capitolo proseguirà da qui cercando anzitutto un modello generale per ordinare gerarchicamente i vari diritti. Due soluzioni assai discusse dalla letteratura saranno prese in esame: la specificazione dei diritti, e l'approccio *prima facie*. La messa in luce dei limiti di queste formule sarà la premessa per svolgere una successiva discussione attorno all'assolutezza delle pretese e stabilire una distinzione fondamentale per garantire un peso morale decisivo ai diritti: quella tra il *violare* un diritto, e *infrangere* un diritto. Una delle caratteristiche moralmente più rilevanti solitamente riconosciute ai diritti è quella, infatti, di continuare a sussistere non solo se illegittimamente violati, ma anche in quei casi in cui le circostanze richiedano di infrangerli lecitamente. In questi casi, sebbene le rivendicazioni di un diritto siano messe da parte, si produce comunque un obbligo di apologia, compensazione o risarcimento di qualche genere. La discussione di questa caratteristica culminerà, nella parte finale del capitolo, nell'esposizione di un modello generale di diritti astratti. La sua caratteristica principale sarà di concepire i diritti come oggetti normativi *dinamici*: non come un mero aggregato di diritti specifici particolari, contingentati e specificati a priori, bensì come un insieme di rivendicazioni moralmente importanti radunate attorno a un unico centro gravitazionale che di volta in volta può giustificare sotto di sé diritti specifici non negoziabili, diritti *prima facie*, o semplici aspirazioni da promuovere affinché esse possano, sulla base delle circostanze, diventare diritti a pieno titolo.

Nel sesto e ultimo capitolo completerò il percorso fin qui svolto, affrontando le domande centrali di questo lavoro forte degli strumenti concettuali costruiti nei capitoli precedenti. Che tipo di ruolo dovrebbero avere i diritti all'interno di una teoria morale? Quale genere di valori e di rivendicazioni devono essere tutelati da un diritto? Quali sono le caratteristiche generali di una teoria morale basata sui diritti? Per costruire una risposta a queste domande metterò alla prova il modello di diritti astratti elaborato in precedenza di fronte a tre problemi. Il primo sarà quello di confrontare questo modello ideale con delle descrizioni altrettanto ideali di altre due categorie di oggetti normativi – doveri e scopi. Il secondo sarà di vedere come possa procedere la valutazione morale di una determinata situazione pratica che coinvolga diritti. Il terzo sarà quello di esaminare come debbano essere concepiti i diritti alla luce di una teoria riguardo a ciò che è moralmente rilevante. Dopo una ricapitolazione del contesto normativo generale entro cui compiere questo tipo di operazioni, mi dedicherò al primo compito.

Dapprima cercherò di individuare le caratteristiche generali che possono avere le teorie morali che si basino su una delle tre categorie di oggetti normativi presi in esame – *diritti*, *doveri* e *scopi*. La

mia analisi in particolare metterà in luce numerosi difetti delle teorie morali che si affidano principalmente a considerazioni basate su scopi collettivi a stato finale – come l'utilitarismo – oppure a una nozione di dovere slegata da quelli che sono gli interessi effettivi e concreti dei partecipanti all'impresa etica. Nonostante alcuni difetti delle teorie basate sui diritti, queste sembrano essere molto più appetibili per la costruzione di una morale in senso stretto. Questa prima parte della discussione chiarirà inoltre quali sono le caratteristiche funzionali *originali* del discorso sui diritti, che non si possono ritrovare se non in maniera parziale e insoddisfacente adoperando come basica un'altra categoria di oggetto normativo. Resterà però da vedere se i diritti possono essere efficacemente implementati da una teoria morale concreta.

Per assolvere questo compito passerò la seconda parte del capitolo a «osservare» i modi attraverso cui è possibile inserire i diritti in una data situazione pratica sulla base di quelli che sono i nostri schemi di valutazione – consequenzialista o deontologico. Diversi schemi di valutazione producono diversi esiti inserendo i diritti nel nostro discorso, e da questo punto di vista né il consequenzialismo, né il deontologismo sembreranno soluzioni esenti da difetti. Per questo motivo prenderò in esame una posizione ibrida – quella del *consequenzialismo esteso* avanzata da Amartya Sen. Anch'essa è problematica, ma, come cercherò di dimostrare, può essere emendata in modo da risultare moralmente appetibile: la soluzione finale si muoverà quindi in bilico tra consequenzialismo e deontologia. Adoperando questo schema di valutazione sarà possibile adoperare i diritti all'interno di una prospettiva che tiene in conto le conseguenze delle azioni – e quindi la responsabilità individuale degli agenti – senza per questo renderli superflui o moralmente inerti come avviene seguendo altri schemi consequenzialisti.

La terza parte del sesto capitolo cercherà di sbrogliare il nodo tra *diritti* e *valori*. La questione sarà affrontata a partire da una difesa del rapporto tra diritti ed eguaglianza. Una teoria morale basata sui diritti sarà anzitutto una teoria che assegnerà equamente ai suoi soggetti una data «valuta» moralmente rilevante. Ma quale? Prenderò in esame un ventaglio di opzioni a riguardo, senza la pretesa di esaurire l'argomento. In particolare farò riferimento alle nozioni di preferenza, libertà negativa, beni, beni primari, necessità, benessere, risorse e capacità. Il discorso, dopo aver scartato le ipotesi alternative, verterà principalmente sul confronto tra l'approccio basato sulle risorse fondamentali di Ronald Dworkin, e quello a partire dalle capacità e dalla libertà procedurale di Sen. Nessuno dei due può dirsi perfetto. Ma è chiaro che una soluzione soddisfacente potrà essere trovata soltanto partendo da questi due approcci – magari cercando di integrarli – e non altrove. Nella coda finale, dopo aver ricapitolato brevemente i risultati raggiunti, proporrò qualche linea di indagine ulteriore sui temi di questo lavoro.

1. Diritti e sistemi normativi

Come sostenevo nell'introduzione, le obiezioni che solitamente si rivolgono all'impiego della nozione di diritti in ambito morale si possono dividere in due grandi aree. Da una parte vi è quel genere di critiche che, partendo dall'analisi dei costi e dei benefici di questa nozione, delle sue funzionalità, e della sua utilità, cerca di trarre un bilancio complessivo della sua importanza normativa, eventualmente anche attraverso un confronto con categorie morali di altro tipo. Dall'altra parte si trovano invece argomenti che mettono in discussione i presupposti stessi della possibilità di adoperare il linguaggio dei diritti all'interno dell'ambito morale, agendo così in chiave *deflazionista* – cercando di ridurre le funzionalità originali dei diritti a quelle di qualche altra categoria morale – oppure direttamente *eliminativista*.

Quest'ultimo genere di critiche è spesso ingeneroso, e ha la tendenza a fissare i propri standard troppo in alto rispetto a quelli che pone per altre categorie morali. Ma, dal momento che esso si costituisce in reazione all'eccessiva disinvoltura del discorso di prim'ordine sui diritti, la sua severità e il suo scetticismo «di riflesso» sono in qualche modo giustificati. A grandi linee questo genere di critiche ruota attorno a tre grandi argomenti:

- Il primo, che definirò *pregiudizio giuridico*, si basa sull'idea per cui non sia possibile – o quanto meno scontato – staccare il discorso sui diritti dal contesto della normatività giuridica: per questo motivo non ha senso parlare di diritti morali.
- Il secondo, che definirò *pregiudizio giusnaturalistico*, è in parte un rovescio dell'argomento precedente: questa obiezione sostiene infatti che parlando di diritti morali non si stia facendo altro che adoperare implicitamente il vecchio linguaggio dei diritti naturali, e il quadro giusnaturalistico da cui questi derivano.
- Il terzo, infine, che definirò *pregiudizio deontologico*, afferma che il linguaggio dei diritti è ridondante e superfluo, poiché può essere ridotto a quello dei doveri.

In questo capitolo mi occuperò dei primi due tipi di pregiudizio, lasciando al prossimo – dove analizzerò dal punto di vista formale la struttura normativa dei diritti – la questione della riduzione ai doveri od obblighi.

A differenza delle parti successive del lavoro, questo capitolo avrà un taglio nettamente storico. Alcuni termini non dimenticano mai il proprio passato, e «diritti» è sicuramente uno di questi. Le ragioni a monte per i primi due pregiudizi, così come le chiavi per neutralizzare i loro argomenti,

sono connesse con quella che è stata la genesi storica e il successivo sviluppo di questo concetto. Una puntuale ma sintetica valutazione della storia dei diritti, sebbene non centrale ai fini del discorso che porterò avanti, è di conseguenza il metodo imprescindibile per assolvere agli scopi posti da questo capitolo.

1.1 Diritti morali e diritti giuridici

Tredicesimo e quattordicesimo secolo. È nel laboratorio teologico e politico di questo periodo che, con ogni probabilità, il concetto di *diritti soggettivi* – e quindi di *diritti* nel senso moderno con cui adoperiamo questo termine – viene alla luce. Marsilio da Padova è uno dei protagonisti di questa svolta nella storia delle idee¹⁰. Non tanto perché possa essere annoverato tra i padri effettivi di questa nozione. E neanche perché essa assuma un ruolo centrale nel suo pensiero. Piuttosto perché, stando alle tesi di uno dei più noti e attendibili storici del linguaggio dei diritti, Brian Tierney, Marsilio è forse il primo a separare in maniera analiticamente netta i due sensi che la parola *ius* aveva assunto nel tardo medioevo. Nel *Defensor Pacis* il significato di *ius* come legge – umana o divina – è infatti chiaramente distinto dal significato di *ius* come atto volontario, potere o consuetudine¹¹.

Come ha notato Tierney, Marsilio era consapevole dei rischi teoretici insiti in questa polisemia, e per questo motivo aveva scelto di impiegare *ius* esclusivamente per riferirsi ai «diritti», adottando *lex* in riferimento al diritto oggettivo – e le volte in cui, cedendo all'uso comune, adoperava *ius* per riferirsi al diritto oggettivo, era attento a specificare che il suo richiamo era a *ius* «nel suo primo senso». A dispetto della sua sensatezza, però, questa distinzione terminologica non ebbe grande fortuna nell'ambito teorico successivo.

Nella lingua inglese ognuno dei due significati di *ius* possiede un proprio sostantivo – *right* e *law*. Ma è un caso isolato nel panorama delle lingue europee. In italiano si può ovviare a questo problema semantico sfruttando il fatto che *diritto* inteso come sistema di norme giuridiche, o come scienza di questo sistema, è un nome generalmente adoperato al singolare, mentre le titolarità e le situazioni normative che fanno capo al secondo senso di *ius* possono essere indicate adottando il plurale *diritti*. Si tratta chiaramente di una soluzione di compromesso, dalla quale derivano due ordini di problemi.

Il primo, di natura stilistica, è che si è spesso condannati a compiere degli spericolati esercizi di contorsionismo lessicale per distinguere questi due significati in un discorso complesso. Il secondo, più sostanziale, è che in questo modo si finisce in maniera del tutto automatica per associare *diritti* a *diritto*. Questa assonanza può impedirci di cogliere in tutta la sua versatilità la capacità dei diritti di intersecare piani normativi diversi. E da qui è poi possibile passare a sostenere il *pregiudizio*

10 B. Tierney, *Marsilius on right*, “Journal of the History of Ideas” 52-1 (1991). Il contributo analitico originale di Marsilio da Padova su questo punto è sottolineato anche da S.E. Lahey, *Wyclif on rights*, “Journal of the History of Ideas” 58-1 (1997). Vedi inoltre anche C.J. Nederman, *Community and consent: the secular political theory of Marsiglio [sic] of Padua's Defensor Pacis*, Rowman & Littlefield, Lanham 1995, pp. 35-36 e A. Brent, *Politics, right(s) and human freedom in Marsilius of Padua*, in V. Mäkinen e P. Korkman, *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Springer, Dordrecht 2006, pp. 97-105.

11 *Defensor Pacis*, II.14.vi-ix, II.12.iii.

giuridico – l'idea ovvero che non sia possibile trasportare e adoperare fuori dell'ambito giuridico questa categoria normativa. L'obiettivo di questi paragrafi è definire i contorni di questo pregiudizio, esaminarlo, e superarlo.

1.1.1 Il pregiudizio giuridico

Rechts, derechos, droits, direitos, rechten, ecc.: non è solo l'italiano ad adoperare il plurale di diritto per riferirsi a quelle pretese, titolarità e poteri che l'inglese invece distingue bene da *law*¹². L'associazione con la normatività giuridica è quindi del tutto naturale per gli utenti di queste lingue. Ma questo fatto può inficiare *preventivamente* la resa teoretica di ogni possibile discorso sui diritti morali. Come ha notato il filosofo e giurista argentino Carlos Santiago Nino¹³, stante questa situazione lessicale, è alto il rischio di cogliere automaticamente un aspetto ossimorico nel concetto di *diritti morali*, leggendo al contempo nel termine correlato *diritti giuridici* un inutile e ridondante neologismo. Inoltre, questo sapore giuridico finisce spesso – se non si è a riguardo chiari – per mistificare le funzioni e gli scopi dei *moral rights*. Fuori dell'ambito anglosassone questi, infatti, sono sovente visti come dei concetti spuri e opachi, degli inutili doppioni dei diritti giuridici, o peggio, come un cavallo di Troia impiegato per inoculare di nascosto in ambito giuridico tematiche giusnaturalistiche¹⁴.

Ma ci sono almeno due considerazioni *prima facie* da fare contro queste tesi. Anzitutto, è quantomeno plausibile che il fenomeno lessicale per cui diritto e diritti sembrano essere così intimamente collegati sia di natura accidentale. La nozione di diritti nasce all'interno di un dibattito prettamente giuridico, ma l'omonimia tra diritto come sistema normativo giuridico, e diritto come singolare di diritti, è con tutta probabilità soltanto il fossile di questa epoca primordiale. Altrimenti, sarebbe altrettanto logico sostenere che il significato intimo di questo termine riposi non tanto nella

12 È da notare che questa specificazione puntuale di competenze tra i termini *right* and *law* non sembra essere sempre esistita nella lingua inglese. Se prendiamo per esempio gli *Institutes of natural law* di Thomas Rutherford, redatti nel 1754, leggiamo che la parola *right* possiede *tre* significati: di qualità posseduta dalle azioni, di qualità posseduta dagli individui, e di *law*, anche se come nota Rutherford, a differenza del latino *ius*, nella lingua inglese *right* “ha molto raramente questo significato” (T. Rutherford, *Institutes of natural law. Being a substance of a course of lectures on Grotius De iure belli et pacis read in Saint John's College, Cambridge*, II edizione statunitense, William and Joseph Neal, Baltimore 1832, p. 13).

13 C.S. Nino, *Sobre los derechos morales*, “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho” 7 (1990). Le peculiarità della lingua inglese nel distinguere *right* da *law* sono state rimarcate numerose volte, ma è a mio avviso Nino ad aver notato la possibilità di una connessione tra la mancanza di una distinzione chiara tra i due concetti nelle altre lingue europee e la generale tendenza a ricondurre ogni discorso sui diritti alla dimensione giuridica.

14 Una curiosità storica in cui mi sono imbattuto spulciando i testi di un avvocato, giurista e politico statunitense del XIX secolo, George H. Smith. Nei suoi *The elements of right and of the law* (Callaghan & co., New York, 1887) Smith lanciava una polemica piuttosto accesa contro l'espressione *legal right*. Lo statunitense sosteneva infatti che vi è un solo tipo di *right*, ed è morale: *moral right*, secondo Smith, è un'espressione tautologica (proprio come, secondo la pregiudiziale giuridica, lo è l'espressione *diritti giuridici*), e l'espressione *legal right* andrebbe abolita e sostituita con *action* o *legal power*. L'idea di Smith, per quanto possa sembrare eccentrica, dimostra, rovesciando le coordinate del nostro discorso, come il problema che si sta affrontando sia probabilmente in larga parte terminologico.

dimensione giuridica, ma piuttosto in quella... geometrica, vista la sua storia semantica. Ciò è ovviamente assurdo, come è del resto assurdo sostenere che esista una così profonda differenza tra le categorie normative anglosassoni e quelle del resto dell'Europa continentale, per cui varcata la Manica o l'Atlantico sia possibile parlare di *moral right* senza risvegliare l'idea di *law*, mentre da questa parte non sia possibile adoperare *derechos* o *Rechts* in un piano diverso da quello connesso col diritto.

Secondariamente, l'uso linguistico corrente del termine diritti documenta impieghi in una gamma di contesti che si estendono ben oltre l'ambito della normatività giuridica. Diritti fa pensare subito a diritto solo se non prestiamo attenzione alla quantità di modi in cui normalmente adoperiamo il termine. Qualche esempio:

- (i). “Hai il diritto di rimanere in silenzio. Ogni cosa che dirai può e sarà adoperata contro di te in tribunale”.
- (ii). “Riteniamo queste verità evidenti: che tutti gli uomini sono creati uguali, e che sono dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili: tra questi ci sono la Vita, la Libertà e la ricerca della Felicità”.
- (iii). “L'acqua è un diritto di tutti”.
- (iv). “Solo chi è nubile ha il diritto di partecipare al lancio del bouquet nuziale”.
- (v). “Nessuno mi può togliere il diritto a sperare”.
- (vi). “Penso di avere il diritto a non crederti, dopo dieci anni di menzogne”.
- (vii). “Hai tutto il diritto di non apprezzare Velazquez. Ma non sperare che sia così anche per me”.
- (viii). “Avevi promesso che mi avresti aiutato a fare i compiti. Ora ho il diritto che tu lo faccia!”.

E così via. In questo elenco, solo la prima asserzione – che costituisce la parte iniziale del *Miranda Warning* – può essere collegata immediatamente alla dimensione giuridica. La seconda – *incipit* della *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America* – contiene l'enunciazione di tre diritti diversi: i quali sono chiaramente troppo astratti per appartenere alla sfera giuridica, ma appartengono piuttosto a un suo piano – quello costituzionale – che richiede un intervento interpretativo e normativo diverso ed eccezionale, perché in larga parte politico e morale. La terza esprime la dichiarazione di un diritto umano che a partire dal Luglio 2010¹⁵ appartiene a quella area

15 Con la risoluzione ONU GA/10967 del 29 Luglio 2010 visibile presso l'indirizzo www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm.

griglia della legislazione positiva formata da atti, statuti e pratiche definite come *soft law*, la cui forza si situa a metà strada tra quella giuridica e quella morale. La quarta affermazione esprime un valore convenzionale, connesso con una determinata pratica culturale che non ha né valore universale, né un chiaro valore morale o giuridico. La quinta esprime un principio – forse morale, forse no, non possiamo inferirlo a partire dal contesto – che legittima una data condotta o attitudine sensibile di giudizio: un diritto che potremmo chiamare seguendo Leif Wenar¹⁶ «attitudinale». La sesta afferma un diritto «doxastico» od «epistemico»: un genere di diritto alla credenza che nella sua dimensione più filosofica è impiegato e dibattuto, assieme alla parallela nozione di titolo, in alcuni ambiti della ricerca epistemologica contemporanea¹⁷. La settima un diritto che potremmo chiamare «estetico», una definizione che ci suona piuttosto singolare, financo fuori luogo, nonostante la frase abbia chiaramente un senso compiuto e facilmente riconoscibile. L'ultima affermazione, infine, esprime un diritto creato da un'istituzione¹⁸ – quella della promessa – che può assumere in determinati casi una valenza morale piuttosto netta.

Cercare di stabilire in questa maniera che è possibile adoperare la nozione di diritti fuori dell'ambito giuridico potrebbe sembrare soltanto un fallace appello *ad populum*¹⁹. Ma in realtà si tratta di ribattere alla versione più grossolana della pregiudiziale giuridica – quella che fa appello al mero dato lessicale – con le sue stesse armi: ovvero l'analisi *descrittiva* del linguaggio. Il dato che così emerge è che, almeno sul piano del senso comune ordinario, quella di diritti è una nozione elastica, declinata in svariati ambiti normativi e giustificativi. In particolare, essa sembra essere impiegata – in maniera più o meno appropriata – in tutti e tre i principali ambiti normativi che si possono dare: l'ambito *epistemico*, l'ambito *estetico*, e l'ambito *pratico*. Cerchiamo di definire meglio quest'ultimo, perché è quello che ci interessa.

16 L. Wenar, *Epistemic and legal rights*, "Analysis" 63-2 (2003). Sulle attitudini sensibili di giudizio vedi anche T.M. Scanlon, *What we owe to each other*, Belknap Press, Cambridge (Mass.) 1998, pp. 18-25.

17 Vedi per esempio sull'idea di titolo epistemico T. Burge, *Content preservation*, "The Philosophical Review" 102-4 (1993), *Perceptual entitlement*, "Philosophy and Phenomenological Research" 67-3 (2003), mentre sull'idea di diritto epistemico F. Dretske, *Epistemic rights without epistemic duties?*, "Philosophy and Phenomenological Research" 60-3 (2000).

18 Adopero il termine «istituzione» – qui come nel resto di questo lavoro – in un senso molto generale, in comune con tanta letteratura analogica in lingua inglese. Un buon riferimento per cogliere il senso di questo termine tecnico potrebbe essere fornito dalla definizione datagli da John Leslie Mackie: con «istituzione» si denotano "oggetti tanto diversi tra loro quanto il gioco degli scacchi, le pratiche sociali che ruotano attorno alle promesse, il tipo di pensieri e di comportamenti che sono alla base o si basano sulla nozione di identità (...). Ogni istituzione è costituita da molte persone che si comportano in maniere abbastanza regolari, con relazioni comuni che trasmettono, incoraggiano e forse impongono anche questi comportamenti. Una istituzione avrà regole o principi per l'azione, o entrambi, che i partecipanti all'istituzione formuleranno abbastanza esplicitamente, seguiranno come guide per l'azione, e la cui infrazione scoraggeranno e condanneranno" (J.L. Mackie, *Ethics*, op. cit., p. 80).

19 Così sembra per esempio a Manuel Segura Ortega, *Reflexiones sobre los llamados «derechos morales»*, "Derechos y libertades" 6 (1998). Feinberg, in una divertente analisi dell'espressione comune nella musica jazz e blues «*I've got a right to sing the blues*», ha inoltre invitato a tenere ben distinti senso, forma e funzione di questo tipo di utilizzo del termine diritti rispetto a quelle che discendono da un utilizzo morale (vedi J. Feinberg, *In defense of moral rights: their social importance*, in *Freedom and fulfillment. Philosophical essays*, Princeton University Press, Princeton 1992, pp. 228-234).

1.1.2 Normatività pratica

Un *sistema normativo pratico* è un sistema di regolamentazione del comportamento. Questo obiettivo è perseguito attraverso la prescrizione, il divieto o la permesso di determinati *atti*²⁰. Il sistema normativo più semplice che si possa dare è composto da tre elementi: un fatto, una norma, e una ragione. Possiamo chiamare questo sistema semplice un *sistema normativo minimo*.

Visualizziamo un esempio: un passaggio a livello costituisce un sistema normativo minimo di tre elementi. Anzitutto, il *fatto*: l'incrocio di una strada con i binari di una ferrovia. Secondariamente, la *norma*, il divieto di compiere un *atto*, ovvero attraversare i binari con la luce rossa accesa e le sbarre abbassate. E infine, la *ragione* che mi assicura – almeno in teoria – la possibilità di collegare razionalmente la norma e il fatto: in questo caso, la necessità di gestire il traffico in una maniera che sia allo stesso tempo efficiente e sicura.

La *norma* si definisce a partire da tre peculiarità²¹. La prima è il *carattere*, specificato da uno dei tre elementi basilari della triade deontica di obbligatorio, proibito e permesso. La seconda peculiarità di una norma è il suo *contenuto*, ovvero l'oggetto della sua prescrizione: essenzialmente, qual è l'*atto* che essa norma e qual è il *fatto* cui essa si riferisce. La terza peculiarità di una norma è costituita dalle sue *condizioni di applicazione*, che specificano il rapporto della norma con altre norme – nel caso ve ne siano.

Potrebbe sembrare che sia la norma l'elemento essenziale che contraddistingue un sistema normativo – in special modo se esso è un sistema normativo minimo – ma non è così. Sono le *ragioni* a costituire l'elemento veramente essenziale. Ciò che rende possibile una norma è infatti la ragione che la istituisce, spiegandone il carattere e il contenuto e delineandone le condizioni di applicazione. Da un punto di vista generale sembra esserci una forte analogia tra gli elementi della triade modale deontica – obbligazione, proibizione, permesso – e i correlativi appartenenti alla triade modale aletica – necessario, impossibile, possibile. Una delle differenze²² che rende implausibile l'ipotesi di ridurre la modalità deontica a quella aletica è che gli elementi della prima triade si riferiscono ad atti, e quindi ad agenti²³. Conseguentemente, la caratteristica realmente essenziale e originale dei sistemi normativi pratici è il possesso di ragioni – di finalità – che solo si

20 Per il significato di *atto* in questo contesto vedi G.H. von Wright, *Deontic logic*, “Mind” 60-237 (1951) e soprattutto *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1963, III.

21 Desumo parzialmente la caratterizzazione delle tre peculiarità di una norma dalla ben più ampia discussione a riguardo portata avanti in G.H. von Wright, *Norm and action*, op. cit., V. Sull'argomento è a mio avviso utile anche C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires 1980, pp. 70-6.

22 Per altre differenze vedi G.H. von Wright, *Deontic logic and the theory of conditions*, in R. Hilpinen (a cura di), *Deontic logic: introductory and systematic readings*, Reidel, Dordrecht 1971 e *On the logic of norms and actions*, in R. Hilpinen (a cura di), in *New studies in deontic logic*, Reidel, Dordrecht 1981.

23 Vedi per esempio S. Kanger, *New foundations for ethical theory*, in R. Hilpinen (a cura di), *Deontic logic*, op. cit., p. 39.

può avere in presenza di agenti.

Adopero il termine ragione in un senso laico. Una ragione non deve essere, tanto per intenderci, necessariamente razionale. Il punto è che si può distinguere una norma da un oggetto naturale – e quindi un sistema normativo pratico da un sistema di leggi naturali – solo grazie al carattere peculiarmente finalizzato di questa, e al fatto generale che la necessità implicata da una norma non è equiparabile alla necessità naturale²⁴. Se le norme formano lo scheletro deontico profondo di ogni sistema normativo, le ragioni e altre considerazioni non strettamente connesse con le norme, come i *principi* o le *politiche*, formano il corpo di una teoria normativa e i motivi per cui esso può apparire apprezzabile o esecrabile. Principi e politiche sono ragioni di natura generale e astratta, che possono dettare le linee guida per ragioni più concrete e connesse realmente con le norme. I principi sono elementi astratti di carattere deontologico, mentre le politiche hanno una struttura consequenzialista.

Un sistema normativo minimo è completo solamente in astratto. Nella pratica dobbiamo aggiungergli un altro elemento: quello dei *motivi* che ci può fornire per seguire una norma. Le ragioni di per sé possono essere motivanti, ma questo non è né necessario, né scontato. Per questo motivo, la razionalità di un sistema normativo non equivale necessariamente alla sua efficacia, e viceversa.

I sistemi normativi sono generalmente formati da una pluralità di sistemi normativi minimi, in cui le norme, le ragioni e i principi sono tra loro interconnessi. È importante considerare oltre ai sistemi normativi minimi espliciti di cui è formato un sistema normativo generale, anche le norme e ragioni implicite che possono essere dedotti a partire dai primi. Il sistema può, inoltre, essere formato da un solo livello, oppure ve ne possono essere di molteplici. Il compito delle «regole secondarie» contenuti in questi ulteriori livelli è quello di gestire le «regole primarie», ordinandole, modificandole, creandole o annullandole.

1.1.3 Generi di normatività pratica: sociale, convenzionale, prudenziale

I sistemi normativi possono essere distinti – in riferimento al genere di fatti e atti che normano, di ragioni e principi che possono dispiegare, e di motivi cui fanno uso – in cinque categorie: giuridici, morali, prudenziali, convenzionali e sociali. Cominciamo con quest'ultima.

I sistemi normativi *sociali* regolano tutta un'ampia categoria di fatti sociali entro la quale ricadono fenomeni tanto distinti quanto, per esempio, i giochi, le buone maniere e i circoli del tennis. La maggior parte di queste istituzioni e fatti sociali non ha un interesse né giuridico né morale, ma non è sempre così. Le ragioni a monte di questo tipo di norme sono interne alla particolare situazione sociale cui fanno riferimento. I motivi sono connessi con la volontà di rimanere all'interno di queste

²⁴ Su questo ultimo punto vedi il successivo paragrafo [4.1.2].

situazioni: non c'è altra motivazione per rispettare le regole del gioco degli scacchi che quella di voler giocare a scacchi, e così via.

I sistemi normativi *convenzionali* nascono per risolvere problemi di coordinamento. Un problema di coordinamento sorge quando gli interessi degli agenti coincidono ma le scelte di questi, essendo indipendenti, possono dare luogo a soluzioni non ottimali, in alcuni casi persino catastrofiche. Un caso classico di problema di coordinamento si ha, per esempio, nella scelta della corsia di marcia lungo una strada.

I sistemi normativi *prudenziali* sono sistemi che regolano il comportamento di un singolo agente in modo che sia possibile massimizzare il suo interesse personale (*self-interest*). È da notare che questo interesse personale che costituisce la ragione ultima dietro alle norme prudenziali non può essere fatto coincidere con l'egoismo (*selfishness*). Smettere di fumare²⁵ può essere certamente una scelta prudenzialmente prescrivibile, ma difficilmente si può caratterizzare come egoista. La definizione di interesse personale, inoltre, non è né univoca, né tanto meno normativamente neutra: ma questo non significa che la normatività prudenziale sia in qualche modo riducibile a qualche altra forma di normatività. Semplicemente, come ciò che di volta in volta è morale è definito all'interno della normatività morale, anche il prudenziale – l'interesse personale – è definito internamente alla normatività prudenziale. La definizione di *self-interest* adoperata nell'ambito dei modelli economici è un modo per definire questa nozione. Un fatto interessante riguardo a questo tipo di normatività è che esso potenzialmente è in grado di normare ogni fatto e ogni atto che l'agente si può trovare davanti, dal momento che ogni azione può essere ricondotta a una dinamica di costi e di benefici.

1.1.4 Generi di normatività pratica: morale, giuridica

I sistemi normativi *morali* sono sistemi particolari. Hanno a che fare con situazioni morali, sono innervati da ragioni e principi morali, hanno norme che sono seguite per motivi morali. Ma tutti questi termini possono e sono definibili soltanto *internamente* a un dato sistema normativo morale. Ogni definizione della normatività morale che non si voglia già sostantivata deve pertanto rimanere neutrale – un eufemismo che di fatto vuol dire vuota. A livello delle nostre intuizioni preteoretiche si possono facilmente delineare quali sono le questioni morali, i principi da chiamare in causa, e il tipo di motivazioni cui fare appello, ma la morale non può essere ridotta alle nostre intuizioni. Non si può fare riferimento alla morale in maniera completamente esterna: descriverla è sempre già definirla²⁶.

25 S. Stoljar, *Moral and legal reasoning*, Macmillan, London 1980 p. 27.

26 Proporrò una definizione della normatività morale nel capitolo [4].

Mi sembra comunque possibile – fermo restando quanto si è detto in precedenza – operare una divisione tra due grandi aree dei problemi che dovrebbe affrontare qualunque tipo di sistema normativo morale. Una prima area occupa grossomodo il campo dalla riflessione etica coltivata dalla filosofia greca²⁷: il suo focus è la ricerca, da parte del singolo soggetto, della vita ideale o vita buona, attraverso una generica e astratta teoria della condotta. L'inchiesta socratica è il modello di questa parte della morale. La seconda area, la cui problematica è diventata centrale in epoca moderna, ha come oggetto di ricerca la descrizione – o la progettazione – del sistema di obbligazioni e costrizioni in cui sono immersi gli individui. Lo scopo di questo sistema è garantire la tutela degli interessi degli aderenti, e la coordinazione di questi in modo che sia possibile massimizzare i risultati della cooperazione. Storicamente, il primo paradigma di questo tipo di ricerca si trova forse nel pensiero di Thomas Hobbes. Geoffrey Warnock²⁸ prima, e John Leslie Mackie²⁹ successivamente, hanno denominato questi due campi dell'etica rispettivamente come *morale in senso lato* e *morale in senso stretto*³⁰.

I sistemi normativi giuridici sono altrettanto particolari, ma per motivazioni del tutto diverse. Anzitutto, questo genere di sistemi non possiede un dominio di fatti o di atti originale: il contenuto delle norme giuridiche – nel senso tecnico del termine «contenuto» che si è dato in precedenza – è in genere sempre già normato da un altro tipo di normatività, sia essa sociale, convenzionale, prudenziale o morale. Questo accade perché la funzione originale dei sistemi normativi giuridici non è quella di regolare un dominio specifico di fatti e di atti, ma di offrire i mezzi per procedere a una *sistematizzazione, specificazione e protezione* di norme che nascono in un altro contesto normativo. È così, per esempio, che nel diritto penale generalmente troviamo cristallizzate ampie parti di quella che è la moralità comune. Questo tipo di norme è tale, infatti, da richiedere una istituzionalizzazione in termini di legge, e una specificazione in termini di sanzione, ovvero una *positivizzazione*. Questa positività di legge e sanzione è ciò che distingue sul piano formale le norme giuridiche dalle altre norme pratiche. Affinché si possa dare, è necessario che vi sia un'autorità di qualche sorta in grado di aggiudicare e proteggere le norme: un potere giudiziario e un potere esecutivo. Un terzo potere, quello legislativo, è decisivo per rendere efficiente un sistema normativo giuridico, ma di per sé non è condizione necessaria³¹. In generale, quindi, un sistema

27 Per questa divisione storica vedi J. Rawls, *Lectures on the history of moral philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000 nella sua introduzione. Il modello originario di questa distinzione tra due tipologie di filosofia morale è quello fornito da H. Sidgwick, *The methods of ethics*, Macmillan, London 1907. cap. I, § 9.

28 G. Warnock, *The object of morality*, Methuen & co., London 1971.

29 J.L. Mackie, *Ethics*, op. cit.

30 Questa distinzione sarà ripresa successivamente più volte: dapprima nell'ambito della discussione sul conflitto tra diritti (capitoli [4] e [5]), successivamente nell'ambito della descrizione dei diritti astratti (capitolo [6], vedi in particolare il paragrafo [6.1.1]).

31 Su questo fatto vedi L. Sumner, *The moral foundation of rights*, Clarendon, Oxford 1987, pp. 60-61.

normativo giuridico è un sistema con un certo grado di istituzionalizzazione.

Com'è stato notato³², queste condizioni non bastano per distinguere la normatività giuridica da alcune tipologie di normatività sociali istituzionalizzate, le quali, sebbene generalmente su scala minore, possono possedere i tratti distintivi elencati in precedenza. Molto probabilmente non esiste una condizione necessaria e sufficiente che permetta di distinguere efficacemente i sistemi normativi giuridici da altri tipi di sistemi normativi sociali con un alto grado di istituzionalizzazione. Da un punto di vista teoretico, i confini tra tutte le tipologie di normatività istituzionalizzate sono sicuramente vaghi e indeterminati. C'è da dire però che generalmente, quando sono efficaci, i sistemi normativi giuridici possiedono un carattere gerarchicamente superiore rispetto a ogni altra forma di normatività sociale istituzionalizzata.

Teoricamente non v'è comportamento che non possa essere normato da un punto di vista giuridico. Quali fatti e atti sia lecito – e quali doveroso – normare, non è un problema interno alla normatività giuridica: è piuttosto un problema politico e morale³³. La normatività giuridica si preoccupa anche di normare fatti e atti che dal punto di vista della normatività morale sono considerati triviali: questo perché, come si è detto, il suo dominio copre anche regioni che appartengono alle normatività sociale, convenzionale e prudenziale, che spesso (ma non sempre) non godono ai nostri occhi dell'importanza connessa con le questioni morali.

Nella normatività giuridica la norma è stabilita in maniera chiara e precisa. Ma questo non è un carattere esclusivo delle forme giuridiche – sebbene ne sia un carattere necessario. Anche le norme morali possono subire quel lavoro di precisazione, chiarificazione e stabilizzazione tipica dei codici giuridici, tanto da diventare indistinguibili da questi.

32 Per esempio da Sumner (*The moral foundation of rights*, op. cit., cap. iii). Il riferimento polemico di Sumner è il positivismo giuridico di H.L.A. Hart, (*The concept of law*, II edizione, Clarendon, Oxford 1994) e di J. Raz (*The concept of a legal system: An introduction to the theory of legal system*, Clarendon, Oxford 1980). Sumner rinviene nella descrizione data da queste teorie del sistema normativo giuridico tre caratteri essenziali di un sistema normativo giuridico: l'esistenza di *norme*, di *regole di aggiudicazione* e di *legislazione*, e di una *regola per il riconoscimento*, la quale implica degli ufficiali che la implementino. Per poi essere efficace, un sistema normativo giuridico deve soddisfare due condizioni: la maggioranza dei suoi sottoposti deve *ottemperare* le norme, e gli ufficiali preposti alla gestione del sistema devono aver *accettato* le sue norme. Il punto di partenza del giuspositivismo di Hart è la critica a John Austin il quale, in *The province of jurisprudence determined* (Cambridge University Press, Cambridge 1995 – prima edizione: 1832), aveva definito la norma giuridica come un comando, accompagnato da minacce di sanzione, da parte di un sovrano, definendo quest'ultimo come un'autorità solitamente seguita. L'analisi di Hart cerca di fare fronte all'obiezione devastante che si può porre alla teoria austiniana: di non fornire un criterio efficiente per distinguere una norma giuridica dal semplice comportamento violento di un bandito che ci punta la pistola addosso ghignando «o la borsa, o la vita». Ma, secondo Sumner, quello di Hart è solo un modo per spostare il problema a un livello ulteriore, senza risolverlo. Questo perché, i criteri forniti da Hart, sebbene ci permettano di distinguere un comando giuridico dalla minaccia di un bandito, non ci permettono di distinguere tra la legge e il sistema normativo sociale che può essere per esempio in uso in un'organizzazione criminale. E per questo motivo Sumner propone altri criteri ancora più forti per delimitare il contorno di un sistema normativo giuridico: assenza di limiti, autorità suprema, obbligatorietà non frutto di un'adesione, territorialità, monopolio della forza.

33 E rimane un problema politico e morale anche quando sono gli attori interni alla normatività giuridica – i giudici – che sono chiamati a intervenire con una decisione di fronte a una lacuna.

Ragioni, principi e politiche che operano all'interno della normatività giuridica non costituiscono un campo originale interno a questo genere di normatività. Si tratta generalmente di ragioni, principi e politiche costruite dentro l'area normativa in cui la normatività giuridica è intervenuta con la sua opera di specificazione e protezione. Sono quindi ragioni esterne. E più queste ragioni esterne costituiscono un dominio rarefatto, più la norma giuridica tende ad assomigliare all'arbitrio e al comando. Non per questo cessa di essere norma giuridica: quello che cessa è la sua ragionevolezza³⁴.

Ciò che veramente distingue la normatività giuridica da quella morale si trova, infatti, sul terreno dei *motivi*. Vi possono essere numerosi motivi per adeguarsi alle norme giuridiche. La maggior parte di essi è esterna alla normatività giuridica: si tratta di motivazioni prese dal novero di quelle solitamente addotte per le altre tipologie di normatività. Seguire la legge, per esempio, potrebbe essere nel nostro interesse, immediato o a lungo termine; il contenuto delle leggi potrebbe essere moralmente giusto, o seguire il costume consolidato; ci potrebbe essere un'obbligazione morale a obbedire alle leggi, come hanno affermato in molti³⁵; oppure vi potrebbe essere semplicemente un residuo non consaputo di antiche credenze, frutto dell'ancestrale rapporto magico tra parola e realtà, come sostenuto per esempio nell'analisi del linguaggio giuridico dei realisti scandinavi³⁶. Ma solo un tipo di motivazione è interna alla normatività giuridica, e permette di distinguerla dagli altri ambiti normativi. È quella che Kant chiamava *coercizione esterna*³⁷, e che nella normatività giuridica deve manifestarsi – come si è detto in precedenza – in forma assoluta. È questo, in fin dei conti, l'unico suo carattere veramente originale³⁸.

34 Senza ragioni prudenziali e morali a monte, scrive Samuel Stoljar, le norme giuridiche non sarebbero altro che “un ammasso di imperativi minaccianti una punizione” (*Moral and legal reasoning*, op. cit., p. 24).

35 La questione è tra le più dibattute della filosofia politica anglosassone. Una selezione di testi a riguardo: R. Dworkin, *Law's empire*, Hart Publishing, Oxford 1986; J. Rawls, *The obligation to obey the law*, in R.M. Baird & S.E. Rosenbaum, *Morality and the law*, Prometheus Books, Buffalo 1988; R.A. Wasserstrom, *The Obligation to obey the law*, in W.A. Edmundson (a cura di), *The duty to obey the law*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 1999; C.H. Wellman & A.J. Simmons, *Is there a duty to obey the law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005; G. Klosko, *Political obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005; A.J. Simmons, *Justification and legitimacy: Essays on rights and obligations*, Cambridge University Press, Cambridge 2001; W.A. Edmundson, *State of the art: The duty to obey the law*, “Legal Theory” 10 (2004).

36 A riguardo vedi K. Olivecrona, *Legal language and reality*, in R.A. Newman (a cura di), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962; K. Olivecrona, *Law as fact*, Stevens, London 1971; A. Ross, *Tû Tû*, “Harvard Law Review” 70 (1957); sulla questione in generale vedi anche H.L.A. Hart, *Scandinavian realism*, in *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon, Oxford 1983 e M.P. Golding, *Rights, performatives and promises in Karl Olivecrona's legal theory*, “Ratio Juris” 18 (2005).

37 Vedi I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, in I. Kant, *Kant's Gesammelte Schriften*, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlin 1907, vol. VI.

38 Sulla coercizione esterna come unico carattere realmente originario della legge giuridica vedi anche S. Stoljar, *Moral and legal reasoning*, op. cit., cap. VI. Secondo Joseph Raz (vedi il suo *Practical reason and norms*, Hutchinson, London 1975) è possibile immaginare un mondo angelico ideale dove le persone agiscono sempre seguendo le leggi, e pertanto non c'è alcun bisogno di sanzioni e coercizioni: nondimeno, non cesserebbe il bisogno di leggi scritte e tribunali per aggiudicare ciò che è giusto fare; questo per Raz proverebbe che il fattore della coercizione esterna non è una caratteristica logicamente necessaria della normatività giuridica. Questo argomento è stato criticato da C.S. Nino (vedi *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., pp. 104-5), il quale sostiene che nella

1.1.5 Diritti giuridici e diritti extra-giuridici

Dal quadro precedente dovrebbe sembrare chiaro che non intendo affatto prendere parte al dibattito tra giusnaturalismo e giuspositivismo. La faccenda è, da un punto di vista formale, del tutto indecidibile³⁹, per il semplice fatto che le due posizioni si muovono su piani diversi, in un caso prescrittivo, nell'altro descrittivo. Del rapporto tra normatività giuridica e morale che ho disegnato nel paragrafo precedente ciò che mi interessa sottolineare, piuttosto, sono due conseguenze, forse banali, ma centrali per costruire il ragionamento successivo. La prima: che le obbligazioni implicate dalla normatività legale sono distinte da quelle implicate dal campo morale⁴⁰. La seconda: che questo non significa affatto che non vi siano sovrapposizioni – per fatti e atti normati, ragioni, principi e politiche a monte e alcuni tipi di motivazione – tra le due specie di normatività⁴¹. Questa sovrapposizione, dal punto di vista formale, non è affatto necessaria. Ma nei fatti c'è, ed è prevedibile che sia così⁴². Come si è visto, non esistono criteri giuridici interni per valutare le leggi,

società immaginata da Raz ciò che è avvenuto è proprio l'estinzione del diritto prevista da tanta letteratura utopista.

39 A tal proposito vedi J.S. Marina, *Genealogy of morality and law*, "Ethical Theory and Moral Practice", 3-3 (1998).

Anche Carl Wellman sottolinea la necessità di adottare un assunto normativo per provare la tesi giusnaturalista: la questione è, dal punto di vista formale e analitico, indecidibile (vedi C. Wellman, *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals*, Kluwer, Dordrecht 1997, p. 125).

40 Secondo John Chipman Gray, la confusione tra i due tipi di obbligazione nasce dal fatto che il termine *dovere* ha un'origine teologico-morale, e non può che evocare alle nostre orecchie una sfumatura etica ogni qual volta è adoperato, anche in contesti normativi diversi come in quello giuridico. Un altro interessante caso di pregiudiziale lessicale quindi! A proposito vedi J.C. Gray, *The nature and sources of the law*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1972, pp. 7-26.

41 Le due conclusioni possono essere riassunte con questa citazione presa da Hart: "non è in alcun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfino certe richieste della moralità, sebbene di fatto è stato spesso così" (*The concept of law*, op.cit., pp. 185-186). Non tutte le leggi hanno un carattere morale perché vi sono leggi che normano fatti sociali, convenzionali e prudenziali. Ma non solo: le leggi possono di per sé essere anche *immorali* – e non per questo cessano di essere leggi. Il contenuto di una norma può essere contrario a ragioni e principi morali, ma questo non significa che la norma giuridica ha perso la sua validità, poiché le obbligazioni morali e quelle legali sono distinte. Non vi è quella che David Lyons (*Ethics and the rule of the law*, Cambridge University Press, Cambridge 1984, p. 62) ha caratterizzato come «connessione essenziale tra legge e morale», la pretesa agostiniana ovvero che "una legge ingiusta non è una legge" – pretesa questa che costituisce l'approdo teorico più forte cui può giungere il giusnaturalismo. Il punto vero della questione, però, è che negare questa tesi non ha certamente le conseguenze – a proposito del rapporto tra morale e legge – che solitamente sono tratte dai giuspositivisti. La normatività giuridica è piuttosto povera di originalità interna: questa si riduce di fatto alla coercizione esterna. E se vi è un obbligo morale a rispettare la legge, questo dipende dal fatto che le leggi non contraddicono la normatività morale. Una legge ingiusta, quindi, sarà pure una legge, ma la cosa importante da un punto di vista morale non è certamente la sua validità legale – quanto il suo essere ingiusta. E non essendoci, a sua ragione, doveri morali effettivi per rispettarla – ma soltanto motivazioni coercitive – dubito che la sua efficacia possa prolungarsi nel tempo. Un esempio di questo genere di norme giuridiche il cui sfondo non giuridico si è rarefatto fino a disperdersi del tutto sono le cosiddette *blue laws* negli Stati Uniti d'America. Queste regolano le attività domenicali e altri aspetti della vita quotidiana, secondo i precetti religiosi puritani dei primi coloni americani, e sono spesso ancora in vigore in molti stati dell'Unione, sebbene non siano più applicate.

42 Si potrebbe obiettare a questa conclusione affermando che gli ideali valutativi sono assurdi, e che quindi, da un punto di vista normativo, non vi è altro che la legge come fatto. Kelsen, per esempio, considerava l'ideale di giustizia – uno dei parametri attraverso cui si suole risolvere normalmente il rapporto tra morale e diritto – assurdo (H. Kelsen, *Die platonische Gerechtigkeit*, trad. it. *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 1998). Può darsi. È interessante notare che Kelsen dava ai sistemi legali come funzione principale la protezione della pace – tesi questa che non ha alcun senso al di fuori di un contesto valutativo: vedi per esempio H. Kelsen, *Peace through law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1944. Nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (Franz

se non criteri formali di consistenza o principi procedurali essenzialmente descrittivi. John Austin, uno dei padri insieme a Jeremy Bentham del giuspositivismo, sosteneva a proposito che “l'esistenza della legge è una cosa; i suoi meriti o demeriti un'altra”⁴³. Le ragioni, i principi e le politiche adottate dalla normatività giuridica nascono in altri ambiti normativi. E l'unica motivazione interna alla normatività giuridica è quella espressa dalla coercizione⁴⁴.

Se esistono sovrapposizioni è probabile che ne esistano anche a proposito dei diritti. Ma non è possibile, però, inferire da questo fatto l'effettiva esistenza di diritti extra-giuridici, tanto meno di diritti morali. Le ragioni esterne a monte di un diritto giuridico potrebbero infatti non fare alcun riferimento a considerazioni astratte sui diritti morali. Come mostrato da Bruno Rea⁴⁵, per esempio, i diritti di successione possono essere giustificati benissimo a partire da politiche di natura economica-utilitarista, senza alcun richiamo a un presunto diritto morale all'eredità. La questione è piuttosto un'altra, ed è che esaminata la separazione tra i domini normativi, e la sostanziale dipendenza delle ragioni giuridiche da quelle morali, convenzionali, sociali e prudenziali, non vi sono *prima facie* argomenti contro la presenza di diritti extra-giuridici. Così come vi possono essere diritti sostenuti a partire da considerazioni giuridiche – dalle norme proprie dei sistemi normativi giuridici – non si capisce perché, allo stesso tempo, non vi possano oggetti normativi analoghi sostenuti a partire da considerazioni di carattere morale. La storia di questa nozione è sicuramente una storia sorta nell'alveo della normatività giuridica: ma questa stessa storia non può essere vista come un destino inevitabile.

1.1.6 Una nozione inefficace?

Anche se non vi sono ragioni *prima facie* contrarie, si potrebbero sollevare alcune perplessità

Deuticke, Wien 1960) la pace come *funzione* del diritto diventa *tendenza* del diritto. Ma nonostante questo aggiustamento di tiro, il giudizio rimane chiaramente valutativo. Ma di là di questi paradossi, la vera questione è altrove. Anche il concetto di «squisito» è con ogni probabilità assurdo se adoperiamo dei criteri di sensatezza molto stringenti: i gusti, come si suol dire, sono gusti. Ma questo forse ci impedisce di confrontare e giudicare un piatto preparato da un cuoco esperto con uno assemblato gettando ingredienti a casaccio in una pentola, o con un altro in cui si adoperato volontariamente lo zucchero al posto del sale? Non credo. Tornerò sul problema dello statuto dei valori nella seconda parte del capitolo [4], dove fornirò argomenti per contestare l'abbandono di ogni ragionamento morale anche a partire da una problematizzazione ontologica dei valori. In generale, comunque, come ha dimostrato Carlos Santiago Nino, è sbagliato ricondurre l'opposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo a quella più generale tra scetticismo etico e oggettivismo. Alcune figure chiave del giuspositivismo – una per tutte quella di Jeremy Bentham – non erano affatto dei relativisti etici, e questo dimostra che un giuspositivismo forte non deve andare per forza a braccetto con il nichilismo morale, e viceversa. Sull'argomento vedi C.S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 17-34.

43 J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, op. cit., p. 157.

44 Marina (*Genealogy of morality and law*, op. cit.) definisce il rapporto tra legge e morale in maniera analoga a quello sussistente tra una tecnica e la scienza madre su cui si basa: come la metallurgia si fonda sulla chimica e l'informatica sulla matematica, la legge si fonda sulla morale. Mi trovo soltanto limitatamente d'accordo con questo paragone. La legge è sicuramente una tecnica, e la morale *critica* si pone come la sua scienza ancillare. Ma questo non significa affatto che la morale sia qualcosa di concettualmente puro e in linea teorica disinteressato così come lo sono le scienze. Anche la morale è in fin dei conti possiede una funzione – ed è quindi una tecnica.

45 B.R. Rea, *The interplay of legal and moral rights*, “The Journal of Value Inquiry” 20 (1986).

riguardo alla possibilità *concreta* di adoperare la nozione di diritti fuori della normatività giuridica. Vediamo quali.

Un primo argomento potrebbe affermare che i diritti necessitano di essere aggiudicati, altrimenti le rivendicazioni associate a essi producono conflitti. Siccome l'aggiudicazione richiede istituzioni particolari – leggi, giudici, tribunali – che si trovano soltanto all'interno della dimensione giuridica, i diritti sono oggetti normativi essenzialmente giuridici. Questo primo argomento a partire «dal giudiziario» è spesso accompagnato da un altro argomento a partire «dall'esecutivo». Si dice infatti che i diritti richiedono qualche genere di coercizione esterna, altrimenti sono del tutto inefficaci. La coercizione esterna è il carattere originale per eccellenza della normatività giuridica: quindi, i diritti sono ancora una volta un concetto esclusivamente giuridico. L'ultimo argomento che si potrebbe invocare è quello legato alla specificazione di un diritto. Un diritto, si dice⁴⁶, necessita di essere specificato in tutte quelle che sono le sue corrispondenze con doveri e obbligazioni particolari: ma questo può avvenire soltanto all'interno di un ambito istituzionale ben preciso – che richiede nuovamente la presenza di quei caratteri di positività propri della dimensione giuridica.

Per quanto riguarda il primo argomento – quello a partire dalla necessità di un «giudiziario» – c'è da dire anzitutto che molte teorie morali ammettono l'esistenza di dilemmi morali reali⁴⁷. Quindi, sebbene non sia necessario e neanche auspicabile per una teoria morale – come cercherò di dimostrare nei capitoli [4] e [5] – ammettere al proprio interno delle situazioni di dilemma, il fatto che una data struttura normativa provochi dei conflitti pratici non è un buon motivo per rigettarla dall'ambito morale⁴⁸.

Più in generale – e ciò riguarda tutti e tre gli argomenti precedenti – è evidente il fallimento nel distinguere le differenti funzioni proprie dei sistemi normativi giuridici e morali. I sistemi giuridici, come si detto, sono mezzi attraverso cui sistematizzare, specificare e proteggere determinate aree normative – anche morali. E questa specificazione avviene, tra le altre cose, attraverso l'istituzione di elementi giudiziari ed esecutivi. È una necessità dei diritti giuridici quella di essere spalleggiati da elementi istituzionali, sia giudiziari che esecutivi: altrimenti essi non sarebbero di fatto distinguibili da strutture appartenenti ad altri generi normativi. Ma per l'appunto, non sono i «*diritti*» a richiedere la possibilità di un'aggiudicazione istituzionalizzata e una coercizione esterna,

46 È il caso per esempio di O. O'Neill, *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, dove, a pagina 132, si legge: “alcuni sostenitori dei diritti universali economici e culturali enfatizzano il fatto che *possono* essere istituzionalizzati, che è vero. Ma il punto sta nel fatto che *devono* essere istituzionalizzati: se non lo sono, non sono diritti”.

47 A proposito vedi C.W. Gowans (a cura di), *Moral dilemmas*, Oxford University Press, New York 1987 e H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, Oxford University Press, New York 1996.

48 Inoltre, l'argomento riguardo alla necessità di una aggiudicazione istituzionalizzata è un pessimo argomento, come ha dimostrato Walter Sinnott-Armstrong, per dimostrare l'esistenza di dilemmi morali: ci possono essere molti modi diversi per risolvere una situazione di conflitto pratico oltre a quelli che chiamano in causa istituzioni ufficiali. Sulla questione vedi W. Sinnott-Armstrong, *Moral dilemmas*, Basil Blackwell, New York 1988, pp. 37-38.

sono i *diritti giuridici* (e, in misura minore, anche certi diritti interni a determinate normatività sociali istituzionalizzate).

In effetti, come è stato notato prima di tutti da Artur Schopenhauer⁴⁹, i sistemi normativi morali sono come dei sistemi giuridici senza un'autorità suprema. L'analogia regge solo in parte – precisamente nella parte riguardante quella che si è definita morale in senso stretto, e solo se si fa astrazione di numerosi dettagli – ma può comunque servire per farci comprendere che, se i diritti morali sono inefficaci o intrinsecamente conflittuali poiché non vi sono i mezzi per dirimere i contrasti che nascono da essi o quelli per garantire la loro applicazioni, lo stesso dovrà valere *per tutte le strutture normative e i valori etici – non solo i diritti quindi* – poiché questa mancanza di un'autorità suprema è una caratteristica di tutta quanta la normatività morale⁵⁰.

1.1.7 Un figlio senza padre⁵¹?

A differenza di molti critici della nozione di diritti morali, Jeremy Bentham ha preso davvero sul serio questo problema giustificatorio, e non si è limitato a darlo per acquisito, ma partendo da esso ha cercato di dimostrare come quella di diritti fosse necessariamente una nozione declinabile soltanto nel contesto giuridico. Prima di esaminare i suoi argomenti, una precisazione iniziale. Siamo autorizzati a parlare di Bentham come un critico dei diritti morali? In effetti il suo obiettivo polemico sembrano essere prima di tutti i diritti naturali – e, come cercherò di mostrare nella prossima serie di paragrafi, la nozione di diritti morali *non* equivale o implica quella di diritti naturali. Pure, in alcuni luoghi della sua sterminata opera, come nei *Pannomial fragments*⁵², Bentham divide i diritti in tre classi: politici, naturali e morali. La sua vena polemica si scaglia anche qui contro i diritti naturali – e dei diritti morali praticamente non si dice niente di

49 Sull'argomento vedi L. Fonnesu, *Dovere*, La Nuova Italia, Firenze 1998. Una intuizione simile è presente anche nel celebre articolo di G.E.M. Anscombe, *Modern moral philosophy*, "Philosophy" 33 (1958).

50 E in questo modo si può rigettare anche l'inconsistenza di un certo «scetticismo epistemologico» nei confronti dei diritti morali. L'esistenza di un diritto giuridico è garantito dalla regola giuridica istituzionalizzata che lo sottende. Un diritto morale invece non è un fatto positivo, e questo solleva il problema della sua giustificazione. Da dove proverebbero questi diritti morali, se alle spalle non hanno una legge di qualche tipo? Ma ancora una volta, questo non è un problema che riguarda tutte le ragioni, principi e politiche appartenenti alla normatività morale? Sulla questione vedi A. Gewirth, *Are rights indispensable?*, "Mind" 95-379 (1986).

51 È questa una delle tante definizioni salaci date da Jeremy Bentham dei diritti extra-giuridici, e si trova nella versione di *Supply without burthen; or escheat vice taxation* raccolta in *Jeremy Bentham's economic writings. Critical edition based on his printed works and unprinted manuscripts*, Taylor & Francis Routledge, London 2004, vol. I, p. 334. In particolare Bentham scrive: "chi ha una qualche idea di un diritto naturale? Io, per parte mia, non ne ho alcuna: un diritto naturale è un quadrato rotondo o un corpo incorporeo. So che cos'è un diritto legale. So com'è istituito. So che cosa significa quando è istituito. Per me un diritto e un diritto legale sono la stessa cosa, perché non ne conosco di altri tipi. Diritto e legge sono termini correlativi: tanto quanto figlio e padre. Un diritto è per me il figlio della legge: da differenti modi di operare la legge risultano differenti tipi di diritti. Un diritto naturale è un figlio che non ha mai avuto un padre".

52 J. Bentham, *Pannomial fragments*, in *The works of Jeremy Bentham*, William Tate, Edinburgh 1838-1843, vol. III, pp. 389 e sg. Vedi anche C.K. Ogden (a cura di), *Bentham's theory of fictions*, Littlefield, Adams & co., Paterson, 1959, pp. 119-121.

significativo – ma, da una parte è chiaro che Bentham considera l'unico linguaggio dei diritti possibile quello politico – ovvero giuridico – e dall'altra che, implicitamente, gli argomenti contro i diritti naturali possono essere impiegati anche contro i diritti morali. Possiamo quindi considerare la polemica portata avanti da Jeremy Bentham come una polemica contro i diritti extra-giuridici *tout court*.

Leggendo Bentham si ha in realtà l'impressione che questa polemica sia soltanto un succedaneo filosofico per i suoi attacchi politici – spesso impregnati della stessa retorica che contestava ai suoi avversari – alla rivoluzione americana prima, e a quella francese successivamente⁵³. Bastonando la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* frase per frase nel suo *Anarchical fallacies*, con una *verve* che più che polemica è spesso solo pedante, l'istinto retorico di Bentham improvvisamente si accende nella famosissima frase “*diritti naturali*, una assurdità: diritti imprescrittibili e naturali, un'assurdità retorica, – un'assurdità sui trampoli”⁵⁴. Si tratta certamente di uno slogan memorabile. Possiamo dire altrettanto degli argomenti che lo sorreggono?

All'interno del pensiero benthamita si possono radunare almeno cinque argomenti contro i diritti extra-giuridici, e a mio avviso nessuno di questi è decisivo. Il primo argomento, che accompagna praticamente ogni trattazione critica dei diritti extra-giuridici in Bentham, è che questi sarebbero una nozione intrinsecamente sediziosa. Sostenere che esistono diritti extra-giuridici per Bentham ha un solo significato: affermare che esistono diritti *pre-giuridici* che necessariamente aspirano a diventare diritti giuridici. Il risultato è che questo concetto “dalla speculazione si insinua nella pratica, causando ostinazione, malumore, cecità, turbolenza, e infine disobbedienza alla legge”⁵⁵.

Il secondo argomento si richiama al principio di consistenza deontica. Bentham sosteneva infatti che le dichiarazioni dei diritti naturali facendo leva su diritti astratti non potevano essere che inconsistenti. Un esempio era la *Bill of rights* statunitense, dove il diritto alla libertà sancito costituzionalmente non era consistente col diritto giuridico di proprietà – il quale includeva l'istituzione della schiavitù.

Il terzo argomento benthamita è un argomento di matrice «metaetica», connesso col criterio di giustificazione intuizionista spesso adoperato nelle dichiarazioni dei diritti – vedi per esempio la *Dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti d'America*. “Per diritti così evidenti in se stessi”, scrive ironico in *The limits of jurisprudence defined*, “non c'è bisogno di provare l'esistenza, basta

53 I *loci classici* di queste attacchi politici sono nella nota posta a conclusione di *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, per quanto riguarda la rivoluzione americana, e in *Anarchical fallacies*, in *Works*, op. cit. vol. II, per quanto riguarda la rivoluzione francese. Sul rapporto tra Bentham e la rivoluzione americana è molto interessante H.L.A. Hart, *The United States of America*, in *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford 1982.

54 *Anarchical fallacies*, in *Works*, op. cit., vol. II, p. 914.

55 J. Bentham, *The limits of jurisprudence defined*, Greenwood, Westport 1970, p. 83.

dichiararla”⁵⁶.

Il quarto argomento fa appello al principio di utilità – un argomento pervasivo nella critica benthamita, ma mai esplicitato nettamente. L'argomento parte dall'idea che accettando la presenza di diritti extra-giuridici – di diritti morali in particolare – si mina il monopolio del principio di utilità: i diritti, infatti, sono strumenti normativi attraverso cui è possibile, tra le altre cose, tamponare o bloccare del tutto considerazioni morali di matrice consequenzialista, e Bentham non può che essere sospettoso di questi principi deontologici⁵⁷. La teoria morale benthamita per essere consistente coi suoi capisaldi non può accettarli, se non in via del tutto derivata⁵⁸. Come derivati sono, del resto i diritti giuridici. Per Bentham il compito della legge “può essere ridotto a un genere di operazione, vale a dire la creazione di doveri”⁵⁹. La legge è reale, l'obbligo giuridico che crea è qualcosa di fittizio⁶⁰. Questo obbligo a sua volta crea un diritto giuridico⁶¹, il quale non è altro quindi che una finzione derivata o secondaria⁶². Dal momento che ogni finzione può essere eliminata dal discorso tramite una procedura di *parafrasi*⁶³, l'esistenza dei diritti giuridici è giustificata soltanto per un motivo di praticità linguistica. E, dato che per Bentham il buon legislatore è guidato dal principio di utilità⁶⁴, questi diritti non saranno altro che espressione di una legge costruita su basi utilitaristiche: saranno, ovvero, completamente addomesticati dal principio di utilità. Al contrario dei diritti giuridici, per Bentham i diritti extra-giuridici non hanno neanche il pregio di essere utili da un punto di vista linguistico: sono anzi, come si è visto, una fonte di confusione e divisioni. Ed è per questo motivo che Bentham, pur ammettendo doveri di matrice non giuridica⁶⁵, non correla a questi alcun diritto.

Il quinto e ultimo argomento è ontologico. Secondo Bentham i diritti sono finzioni che derivano da altre finzioni – gli obblighi – ma questi ultimi derivano dall'incontro di due enti reali: la legge, e l'azione. Qual è invece l'origine ontologica dei diritti extra-giuridici?

56 *The limits of jurisprudence defined*, op. cit., p. 84.

57 Prova ne è la sua discussione riguardo al diritto a rimanere in silenzio durante un interrogatorio. A proposito vedi H.L.A. Hart, *The demystification of the law*, in *Essays on Bentham*, op. cit.

58 “Non conosco alcun diritto naturale eccetto quelli creati dall'utilità generale”, scrive a tal proposito Bentham, “e anche in questo senso sarebbe stato meglio che questa parola non si fosse mai sentita” (*Supply without burden*, in *Bentham's economic writings*, op. cit., vol. I, p. 333).

59 J. Bentham, *Of laws in general*, Hart Publishing, London 1970, p. 249.

60 Probabilmente Bentham coglie lo spunto per costruire la sua teoria sulle obbligazioni come finzioni da un'annotazione che si trova a margine del quarto paragrafo di un libro che ammirava molto: *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria. Sull'argomento vedi H.L.A. Hart, *Bentham and Beccaria*, in *Essays on Bentham*, op. cit.

61 *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, pp. 388-9. Vedi anche *View of a complete code of law*, in *Works*, op. cit., vol. III, p. 310.

62 *The limits of jurisprudence*, op. cit., p. 316-7.

63 *A fragment on government*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 1169.

64 *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, p. 394.

65 *A fragment on government*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 1170.

1.1.8 Gli argomenti di Bentham esaminati

A mio avviso nessuno degli argomenti precedenti è decisivo, sebbene gli ultimi due siano in grado di chiudere alcune opzioni teoriche possibili per definire i diritti extra-giuridici.

Il primo argomento è il più debole di tutti – di là della retorica con cui è costantemente ribadito. Bentham sosteneva che non si può chiamare un'aspirazione un diritto. Con la stessa logica si può dire che un'aspirazione non è un argomento: affermare che una nozione è sediziosa non implica che questa non sia valida (o che lo sia). Implica piuttosto che speriamo che non sia valida.

Il secondo argomento gioca sulla consistenza di un determinato ordinamento di diritti. Ma non è dimostrato che la consistenza sia una caratteristica necessaria né dei sistemi polinomici in generale, né di quelli basati sui diritti.

Anche il terzo argomento è *ad hominem*, dato che si attacca a un particolare sistema di diritti e al modo in cui questi sono giustificati. Dichiarare qualcosa evidente non è in genere una buona strategia di giustificazione: ma non è né necessariamente sbagliata fino a prova contraria, né, soprattutto, l'unica strategia di giustificazione possibile.

Col quarto argomento si tocca qualcosa di più solido. Non sembrano esserci obiezioni di sorta riguardo all'incompatibilità tra i diritti e un codice mononomico come quello di Bentham. Ma questa non può essere accolta come una critica pacifica, poiché si basa sull'assunto sostanziale che il principio di utilità sia realmente l'assunto normativo fondamentale e che l'impianto utilitarista sia moralmente giustificato: tesi queste tutte da discutere. Soprattutto per come sono declinate nello specifico dal sistema benthamita, il quale si regge sull'ardita assunzione psicologica secondo cui tutti i moventi umani sono riconducibile allo spettro dolore/piacere⁶⁶.

Il quinto argomento è forse il più interessante. Si basa come il precedente sull'ontologia degli oggetti fittizi elaborata da Bentham a proposito dei termini normativi. La caratteristica centrale degli oggetti fittizi benthamiti è che la loro esistenza dipende dal loro riconoscimento. Per esistere devono essere riconosciuti, e per essere riconosciuti devono essere creati. Non possono quindi essere *naturali*. Ma possono essere sociali. Come ha sostenuto H.L.A. Hart⁶⁷, le tesi di Bentham sono efficaci nei confronti dei diritti naturali – quantomeno nei confronti di alcune declinazioni di questo concetto – ma sono perfettamente compatibili con tipologie di diritti extra-giuridici che non richiedano carichi ontologici «ingombranti»: a meno che non si voglia intendere il ragionamento in un senso più forte, cioè come un attestato di scetticismo epistemologico nei confronti dei diritti *tout court* – ed è questo, con tutta probabilità, il senso dell'argomento portato avanti da Bentham. Questo

⁶⁶ *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 121.

⁶⁷ “Non sembrano esserci ragioni perché la sua analisi della genesi dei diritti legali collegata alla presenza o all'assenza di un'obbligazione legale non possa essere applicata *mutatis mutandis* alla moralità convenzionale” (H.L.A. Hart, *Natural rights: Bentham and John Stuart Mill*, in *Essays on Bentham*, op. cit., p. 84).

scetticismo può essere risolto in due maniere.

Si può dimostrare che portando a fondo le sue conseguenze, qualsiasi principio extra-fattuale deve essere espunto dal nostro discorso – *principio dell'utilità incluso*. Il ragionamento benthamita può essere ridotto alla semplice attestazione del fatto che, dato che i diritti dipendono dai doveri, i quali dipendono da delle regole reali, non possono darsi diritti extra-giuridici, poiché la legge positiva è l'unico esempio di regola «palpabile» che abbiamo. Ma questo modo di ragionare è un pendio scivoloso in cui di fatto cadono tutte le ragioni normative extra-giuridiche che non possono essere sancite da regole «palpabili» – *principio dell'utilità incluso*.

La seconda maniera è quella di dimostrare come queste problematiche metaetiche, per quanto non inerti, non siano decisive nei confronti della scelta di un sistema etico piuttosto che di un altro: poiché il metro di giudizio da adottare per questo genere di scelte è pratico e comparativo. Ma di questo, e del confronto tra le teorie *right-based* e le teorie basate sul principio di utilità, nei prossimi capitoli.

1.2 Diritti morali e diritti naturali

In uno dei primi lavori sull'idea di primitivismo Arthur Lovejoy e Franz Boas avevano contato ben sessantasei modi in cui il termine “natura” era stato adoperato nel passato, di cui almeno ventisei erano gli usi morali⁶⁸. Non c'è bisogno di essere così pignoli per riconoscere che, almeno in ambito normativo, il risultato più probabile che si può ottenere aggiungendo a un concetto l'aggettivo *naturale* è quello di spargergli attorno una densa e impenetrabile cortina di fumo⁶⁹. «Naturale» è un termine troppo generico per avere un significato comprensibile fuori di una polarità. La sua estensione è potenzialmente illimitata, e solo attraverso una nozione contrapposta è possibile delimitarne il raggio di azione. Parlando di *diritti naturali*, John Simmons⁷⁰ elenca a proposito sei significati diversi che può assumere l'aggettivo naturale in relazione al concetto cui si contrappone:

- *Naturale vs creato*: i diritti naturali sono quei diritti che non sono creati dall'uomo.
- *Naturale vs relazionale*: i diritti naturali sono quei diritti che esistono indipendentemente dalle quelle interazioni con gli altri agenti che possono far nascere altri diritti.
- *Naturale vs convenzionale*: i diritti naturali sono quei diritti che esistono indipendentemente da quelle convenzioni che possono far nascere altri diritti.
- *Naturale vs contrattuale*: i diritti naturali sono quei diritti che esistono indipendentemente dai quei contratti originari che possono far nascere altri diritti.
- *Naturale vs civile*: i diritti naturali sono quei diritti che esistono prima della creazione della società civile.
- *Naturale vs istituzionale*: i diritti naturali sono quei diritti che hanno una forza vincolante morale.

Ma sono sicuro che potrebbero essere prodotti elenchi più lunghi e dettagliati, aumentando il dettaglio della ricerca. Adesso, qual è lo scopo di tutto questo? Il secondo pregiudizio cui accennavo nell'introduzione a questo capitolo fa riferimento al rapporto tra la nozione di diritti morali e quella di diritti naturali. Questa tesi – che ho chiamato *pregiudizio giusnaturalistico* – afferma che non ci sarebbe niente di nuovo sotto il sole: parlando di diritti morali staremmo, infatti, parlando semplicemente dei buoni vecchi diritti naturali.

Di per sé, questa non sembrerebbe essere un'obiezione fatale. Ma soffermandoci sulla questione si può capire dove essa voglia andare a parare. Accettando l'identificazione dei diritti morali coi diritti

68 A.O Lovejoy & F. Boas, *Primitivism and related ideas in antiquity*, Octagon Books, New York 1965, pp. 447-56

69 Su questo punto è d'obbligo il rimando a D. Hume, *A treatise of human nature*, in *The philosophical works*, Scientia Verlag, Aalen 1964, vol. I, III.1.ii.

70 A.J. Simmons, *The lockean theory of rights*, Princeton University Press, Princeton 1992, p. 90.

naturali si espone il fianco infatti a due campi critici da cui possono piovere numerose altre obiezioni. Da una parte, infatti, ci si fa carico di una tradizione piuttosto «ingombrante», quella giusnaturalistica, la quale è tutto tranne che univoca, ed è inoltre connessa con svariati altri concetti come quello di legge naturale⁷¹ che non possono essere dati per scontati. Dall'altra si rende il discorso più confuso e bisognoso di ulteriori specificazioni, poiché, se l'argomento può essere ridotto a quello dei diritti naturali, di quale delle innumerevoli versioni di questa nozione stiamo parlando?

Alcuni autori che incentrano la propria riflessione sui *moral rights* non si fanno scrupolo di essere annoverati entro la tradizione dei diritti naturali e nel suo alveo giusnaturalista. Ma a mio avviso non si tratta di una buona scelta, né da un punto di vista di strategia comunicativa, né teoreticamente. La nozione di diritti naturali è un guscio logoro, terminologicamente sciupato dai numerosi significati e concetti che ha accolto e visto passare, ed è perciò intrinsecamente ambigua. Essa evoca contesti teorici dalla storia complessa e sfaccettata, e dalle implicazioni normative, ontologiche ed epistemologiche – a volte anche teologiche – molto diverse tra loro. Un discorso sui diritti morali non è obbligato a impegnarsi in tutte queste problematiche, e spesso non ne ha bisogno.

L'obiettivo di questa serie di paragrafi è di capire quali sono gli aspetti comuni – se ve ne sono – tra diritti morali e diritti naturali. In questo modo sarà successivamente possibile vedere se questi aspetti sono vulnerabili in qualche maniera, o se permettono alla nozione di diritti morali di evitare i classici argomenti dispiegati contro la prospettiva giusnaturalistica. Per fare questo adopererò un taglio storico. Sorvolerò velocemente la storia del concetto di diritti naturali per mostrarne l'intrinseca polisemia, e per cercare di definire le caratteristiche fondamentali delle sue varie incarnazioni. In questo modo potrò dire qualcosa di più sul problema della genesi dei *diritti soggettivi*, che sarà interessante per affrontare da un'altra angolatura alcuni dei problemi esposti nella serie di paragrafi precedenti e comprendere alcune caratteristiche normativamente centrali dei diritti che torneranno utili nei prossimi capitoli di questo lavoro.

1.2.1 Diritti soggettivi nel mondo antico?

Affinché si possa adoperare la categoria di diritti naturali è necessario dapprima possedere l'idea di diritti soggettivi. Nonostante l'origine probabilmente coeva sarebbe sbagliato far coincidere queste due nozioni: i diritti naturali sono diritti soggettivi, ma non tutti i diritti soggettivi sono anche

71 Una precisazione terminologica: con *legge naturale* intendo quell'insieme di regole oggettive e prescrittive per il comportamento umano che sono state variamente concepite dalla tradizione giusnaturalistica, mentre con *legge di natura* indico una legge che descriva una regolarità scientifica di qualche genere. Per una storia della confusione tra i due concetti vedi F. Oakley, *Natural law, laws of nature, natural rights. Continuity and discontinuity in the history of the ideas*, Continuum, New York 2005.

naturali, poiché altrimenti non sarebbe possibile parlare di diritti giuridici positivi o di diritti extragiuridici non naturali. Allo stesso tempo, tutte le dottrine dei diritti naturali fanno riferimento – stretto in alcuni casi, più labile in altri – a una legge naturale di qualche sorta. Ma la nozione di legge naturale, a sua volta, non può essere considerata un indice affidabile della presenza di diritti naturali. Partiamo comunque da essa.

L'idea di legge naturale nasce nel mondo antico. In particolar modo, è possibile rinvenire nel pensiero greco ognuna delle tre grandi declinazioni di questa idea che si ritroveranno in tutta la tradizione giusnaturalistica successiva⁷². La prima è quella che si può definire «naturalistica». La legge naturale è descritta come il naturale stato di affari che segue dagli istinti e dai moventi umani, secondo un preciso quadro antropologico, oppure più generalmente biologico. Un riferimento a queste tesi nel mondo greco si può trovare nelle parole che Platone mette in bocca al sofista Callicle nel *Gorgia*⁷³.

La seconda declinazione della legge naturale è quella «volontaristica», per cui la legge naturale rappresenta qualcosa di assoluto e di superiore alle leggi umane poiché essa è posta da una volontà superiore – il caso famoso, secondo alcune interpretazioni di questa tragedia, delle leggi «non scritte» seguite da Antigone anche contro le norme della sua città.

La terza declinazione, infine, è quella definibile come «razionalistica», dove il contenuto delle norme espresse deriva per via razionale dalla stessa natura umana universale. Le origini di quest'ultima idea di legge naturale si possono far risalire nuovamente alla sofistica, in particolare ad Antifonte di Atene⁷⁴.

L'idea di una legge naturale è molto probabilmente implicita in Platone, mentre si ritrova esplicitata in Aristotele, sebbene i pareri su quanto questa categoria sia centrale nel pensiero dello

72 Su queste tre versioni del giusnaturalismo vedi G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Edizione aggiornata a cura di Chiara Faralli*, Laterza, Bari 2001, vol. I, pp. 27-30.

73 *Gorgia* 483-4. Callicle afferma che la natura “dimostra che è giusto che il migliore prevalga sul peggiore e il più capace sul meno capace”, e questo è ciò che avviene tra gli animali e tra gli stati: “il criterio della giustizia è questo, il dominio e la supremazia del più forte sul più debole”. A differenza di un altro personaggio platonico – Trasimaco – Callicle può essere considerato giusnaturalista per la connessione che opera tra giusto e naturale. Trasimaco, invece, nelle due definizioni di giustizia che dà nel primo libro della *Repubblica* omette del tutto ogni riferimento a una normatività naturale di qualche tipo, e pertanto il suo riferimento è da considerarsi esclusivamente rivolto nei confronti della legge positiva.

74 “Giustizia è non trasgredire le leggi della città nella quale uno vive come cittadino. Dunque una persona praticherà la giustizia nella maniera più vantaggiosa per sé, se, di fronte a testimoni, giudicherà grandi le leggi; da solo senza testimoni <si atterrà> alle disposizioni naturali. Infatti, le norme delle leggi sono convenzionali; quelle della natura sono necessarie; e le norme delle leggi frutto di un accordo non sono naturali, mentre quelle di natura sono innate, non frutto di un accordo. (...) Dunque, se uno trasgredisce le leggi, nel caso in cui sfugga a coloro che le hanno concordate, evita la vergogna e la punizione; se non sfugge, invece non le evita. Se, invece, fa violenza, oltre il possibile, alle leggi date a noi dalla natura, anche se sfugge all'attenzione di tutti gli uomini, il male non è per niente minore (...); infatti non si produce danno secondo l'opinione, ma secondo la verità” (Diels-Kranz, 87-44 Frammento A). Riguardo all'origine in ambiente sofista di un'idea «razionalista» della legge naturale, vedi anche la testimonianza di Ippia che si trova in Platone, *Prot.* 337 c-d.

Stagirita sono piuttosto discordanti⁷⁵. Chiaramente tematizza è invece negli stoici, nella cui idea di legge naturale è possibile ritrovare una sintesi armonica di tutte e tre le declinazioni descritte precedentemente. È principalmente grazie alla diffusione dello stoicismo che successivamente la nozione di legge naturale penetrò nel mondo romano e nel suo pensiero giuridico.

A dispetto di questa pervasività dell'idea di legge naturale nel mondo antico non sembra essere possibile tuttavia rintracciare in esso anche solo i rudimenti del concetto di diritti soggettivi – e quindi di diritti naturali. Nonostante qualche eccezione⁷⁶ la maggior parte degli storici delle idee che si sono occupati del problema sembra essere concorde nell'affermare che sia le concezioni della legge naturale proprie del mondo classico⁷⁷, sia le forme giuridiche dell'epoca come il diritto romano⁷⁸, sono saldamente ancorate alla dimensione del puro diritto oggettivo. Non sembra quindi possibile rintracciare nel mondo antico anche solo i rudimenti del concetto di diritti soggettivi così come li intendiamo noi.

75 Un elenco (parziale) dei riferimenti alla nozione di legge naturale che possono considerarsi *diretti e salienti* in Aristotele è il seguente: *Eth. Nic.* 1134 b; *M. Mor.* 1195 a; *Rhet.* 1368 b e 1373 b. A causa di questa scarsità di riferimenti, le teorie che vedono in Aristotele un importante teorico della legge naturale sono costrette a rifarsi a un'interpretazione generale del suo pensiero – in particolar modo del quinto libro dell'*Etica nicomachea*.

76 La ricerca si è focalizzata su Aristotele e in misura minore sugli stoici: vedi, per esempio, A.A. McGrae, *Aristotle's place in the history of natural rights*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996); F.D. Miller, *Aristotle and the origin of natural rights*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996); J. Cooper, *Justice and rights in Aristotle “Politics”*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996); R. Kraut, *Are there natural rights in Aristotle?*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996); M. Cranston, *What are human rights?*, Taplinger, New York (1973); P. Mitsis, *The stoic origin of natural rights*, in K. Ierodiakonou, *Topics in Stoic philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1999. Il saggio più esauriente sull'argomento – incentrato su Aristotele – è a mio avviso F.D. Miller, *Nature, justice, and rights in Aristotle's Politics*, Clarendon, Oxford 1995. Un'altra importante voce fuori del coro è quella di Alan Gewirth, che in *Reason and morality*, The University of Chicago Press, Chicago 1978, pp. 100-1 difende l'idea che i diritti siano un concetto presente non soltanto in Aristotele e nel mondo greco, ma in generale anche in tutto il mondo antico e addirittura nelle società cosiddette «primitive». Gewirth è convinto che “i diritti sono necessariamente più che contingentemente connessi con gli esseri umani” (p. 103), e per questo motivo il suo sostegno a un approccio *right-based* passa per la difesa delle tesi precedenti. Se questo ha senso all'interno della teoria di Gewirth, non credo però che, in generale, valga per ogni approccio di questo genere.

77 A tal proposito vedi G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, Transaction, New Brunswick 2002 e J. Mahoney, *The challenge of human rights. Origin, development, and significance*, Blackwell, Oxford 2007, I.

78 Questa tesi è sostenuta da quasi tutti i principali studiosi che si sono occupati del problema. In particolar modo Michel Villey ha insistito su questo punto: vedi *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, “Revue historique de droit” 24-5 (1946) e *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, “Archives de Philosophie du Droit” 9 (1964). Per una discussione di questa tesi, R. Tuck, *Natural rights theories: their origin and development*, Cambridge University Press, New York 1979, pp. 7-13 e B. Tierney, *The idea of natural rights. Studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*, Scholar Press, Atlanta 1997, cap. I: entrambi questi studi, pur criticando l'impostazione del discorso di Villey, sostengono la validità della sua tesi sull'assenza del concetto di diritti soggettivi nel diritto romano. Favorevole a Villey anche R. Maspétiol, *Ambiguïté du droit subjectif: métaphysique, technique juridique ou sociologie*, “Archives de Philosophie du Droit” 9 (1964). Una critica delle tesi di Villey è invece contenuta in J. Dabin, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, “Archives de Philosophie du Droit” 9 (1964) e in G. Pugliese, «Res corporales», «res incorporales» e il problema del diritto soggettivo, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli 1953, vol. III, pp. 223-60. Secondo Pugliese il significato di *dominium* nel diritto romano è assimilabile al nostro di diritti soggettivi. Una obiezione a questa posizione si trova in R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., p. 13. Contrario alla sostanza della tesi di Villey è pure B. Straumann, *Is modern liberty ancient? Roman remedies and natural rights in Hugo Grotius's early work on natural law*, “Law and History” 27-1 (2009). Contro l'idea che vi fossero diritti nel mondo romano – in questo caso anche al di fuori del mero ambito giuridico – si schiera infine Umberto Vincenti, in *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari 2009, pp. 60-9.

Socrate, del resto, nel *Critone* non chiede se un innocente ingiustamente condannato *abbia il diritto* di rifuggire la sentenza, ma si domanda se questo sia *giusto*. E il problema non è soltanto connesso al fatto che manca nel greco antico una parola che possa rappresentare al meglio il moderno significato che attribuiamo al termine «diritti soggettivi» – o qualcosa che con esso sia relato⁷⁹. Gli storici del diritto che hanno negato cittadinanza alla nozione di diritti soggettivi nel mondo classico sono costretti a impiegare il termine «diritti» per spiegare poi il funzionamento specifico dei sistemi normativi antichi⁸⁰, ma questo non dovrebbe sorprendere: diritto soggettivo e diritto oggettivo sono nozioni correlate sul piano formale, come vedremo nel prossimo capitolo⁸¹. La questione centrale qui è piuttosto quella della giustificazione – ovvero dall'angolatura razionale da cui è visto, quindi giustificato e costruito, un sistema normativo. Al pensiero normativo antico sembrano mancare alcuni concetti chiave, o almeno una loro formulazione più affine a quella moderna, per prendere come punto di partenza il soggetto piuttosto che l'ambito oggettivo. In particolare, come ha efficacemente riassunto Abraham Melden, “a tutt'oggi non è dimostrato che uno qualsiasi degli autori greci abbia avuto una qualche concezione della responsabilità morale, senza la quale non ha alcun senso parlare di diritti morali”⁸². Per lo stesso motivo la nozione di legge naturale sembra sempre sull'orlo di collassare in quella di legge di natura: quasi che

79 Richard Brandt, pur sostenendo l'importanza da un punto di vista retorico del linguaggio dei diritti, ha sostenuto che “una società con una lingua priva di un termine corrispondente a «diritti» potrebbe lo stesso avere questo concetto, se fosse riconosciuto che le persone hanno obbligazioni verso gli altri del genere connesso ai diritti” *Ethical theory*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1959, p. 441, e Jeanne Hersche ha curato per conto dell'UNESCO una impressionante opera dal titolo *Le droit d'être un homme. Anthologie mondiale de la liberté* (J.C. Lattès & UNESCO, Paris 1968) in cui sono raccolte testimonianze documentali volte a dimostrare la tesi che i diritti – intesi come diritti dell'uomo – non sono un concetto d'origine occidentale, ma sono un patrimonio dell'umanità le cui origini possono essere rintracciate in svariate civiltà ed epoche storiche. Non entro nel merito della questione, ma mi limito a sottolineare due cose. La prima, a proposito della tesi di Brandt: se per obbligazioni s'intendono quei particolari tipi di dovere che sono correlati con un diritto, la sua è una tautologia. Secondariamente, e questo riguarda invece il lavoro di Hersch, avere l'intuizione di un concetto non significa comunque possederlo, e senza una parola che ne veicoli chiaramente il significato, e un elaborato contorno teoretico che lo specifichi, è oggettivamente difficile cercare di provare qualcosa di più della presenza di un'intuizione.

80 Sulla questione ha insistito particolarmente Alan Gewirth (*Reason and morality*, op. cit., pp. 100-1; alcuni esempi di questo modo di procedere sono elencati a p. 372 nella nota 21).

81 In particolar modo nella serie di paragrafi [2.3].

82 A.I. Melden, *Rights in moral lives. A historical-philosophical essay*, University of California Press, Berkeley 1988, p. 187. Sulla questione dell'assenza della nozione di diritti nel pensiero classico vedi anche: M.P. Golding, *The significance of rights language*, in *Legal reasoning, legal theory and rights*, Ashgate, Burlington 2007 e *The primacy of welfare rights*, nella medesima raccolta; T. Campbell, *Rights. A critical introduction*, Routledge, New York 2006, p. 5; H.L.A. Hart, *Are there any natural rights?*, “The Philosophical Review” 64-2 (1955), pp. 176-7 (nota); J. Finnis, *Natural law and natural rights*, Clarendon, Oxford 1989, pp. 206-7. Sul problema della presenza o no della nozione di responsabilità nel mondo greco vedi invece A.W.H. Adkins, *Merit and responsibility. A study in Greek values*, Oxford University Press, Oxford 1960 e R. McKeon, *The development and the significance of the concept of responsibility*, “Revue Internationale de Philosophie” 39-1 (1957), i quali difendono sostanzialmente che non si possa parlare, in ambito antico, di responsabilità così come la intendiamo noi. Riguardo invece alla nozione di *free will*, ovviamente connessa con quella di responsabilità, si può vedere il recente M. Frede, *A free will. Origins of the notion in ancient thought*, University of California Press, Berkeley 2011, il quale colloca la nascita di questo concetto posteriormente ad Aristotele, e precisamente nello stoicismo. Per una proposta diversa, in difesa della presenza del concetto di responsabilità nel mondo antico – almeno in Aristotele – vedi invece S.S. Meyer, *Aristotle on moral responsibilities*, Blackwell, Oxford 1993.

l'obbligatorio sia concepito come *necessario*. Il caso più sorprendente e famoso di questa sovrapposizione concettuale si ha, come è stato notato più volte, nella definizione di legge naturale data da Ulpiano⁸³.

In ogni caso, l'assenza di questo concetto nel mondo antico non dovrebbe né sorprendere, né spaventare. Non dovrebbe sorprendere, perché non si tratta dell'unico caso in cui una nozione – e in questo caso una nozione normativa – o possiede un significato diverso in epoca antica, o non si ritrova proprio, come sembra essere qui. Non dovrebbe spaventare, perché la storicità di una categoria non è certo un modo per squalificarla – e sicuramente non squalifica i problemi oggettivi che hanno reso necessaria la sua nascita.

1.2.2 *La nascita dei diritti soggettivi nel tardo medioevo*

Molto probabilmente è nel tardo medioevo, in un periodo che oscilla tra il tredicesimo e il quattordicesimo secolo, che si può datare la comparsa della categoria concettuale dei diritti soggettivi. Gli studi pionieristici in questo campo di Michel Villey⁸⁴ indicano nel periodo critico della disputa tra papato e francescani e nella figura di Guglielmo di Ockham il momento e la figura chiave per questa genesi. Richard Tuck⁸⁵, invece, critico dell'idea di Villey per cui la connessione tra *potestas* e *ius* nel pensiero di Ockham sia indicativo di qualcosa di decisivo, individua come mossa concettualmente cruciale il collegamento tra le nozioni di *dominus* e di *ius* che avviene nel pensiero di Jean Gerson a seguito delle controversie religiose suscitate da John Wyclif. Altri autori, come Brian Tierney⁸⁶ e Charles Reid⁸⁷ hanno invece sottolineato la natura corale di questa genesi concettuale, e hanno retrodatato il momento decisivo portando alla luce il contributo decisivo dei canonisti del tredicesimo secolo.

A volte, sbirciando in questo dibattito, si ha quasi l'impressione di assistere al prosieguo delle diatribe giuridico-teologiche che hanno originato l'esigenza di costruire la nozione di diritto soggettivo. Possiamo fortunatamente evitare di prendere parte per una o per l'altra tesi. È assai improbabile, del resto, che il concetto di diritto soggettivo sia uscito come Atena dalla testa di Zeus

83 Scrive Ulpiano: “il diritto naturale è quello che la natura ha insegnato a tutti gli esseri animati; e infatti questo diritto non è proprio del genere umano, bensì è comune a tutti gli esseri animati che nascono in terra e in mare, e anche agli uccelli. Di qui discende l'unione del maschio e della femmina, che noi chiamiamo matrimonio, di qui la procreazione e l'allevamento dei figli; e infatti vediamo che gli altri animali, perfino a quelli selvaggi, si attribuisce la pratica di questo diritto” (*Digesto*, 1.1.1.3). Sull'importanza del superamento di questa idea di legge naturale per la nascita dei diritti in senso moderno rimando a F. Viola, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Bari 1997, pp. 285-7.

84 M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, op. cit. Vedi anche Michel Bastit, *Naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Presses Universitaires de France, Paris 1990.

85 R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit.

86 B. Tierney, *The idea of natural rights*, op. cit. Di Tierney, su questo dibattito, è utile anche *Natural law and natural rights: old problems and recent approaches*, “Review of Politics” 64-3 (2002).

87 C.J. Reid, *The canonistic contribution to the western rights tradition: an historical inquiry*, “Boston College Law Review” 33-1 (1991).

nell'opera di un singolo autore. Come sottolineato da Gary B. Herbert⁸⁸, sia il concetto di *potestas* che quello di *dominium* sono componenti essenziali – e aggiungo io, non esclusive – del concetto moderno di diritti, così come lo è la differenziazione del significato di *ius* che comincia a farsi canonica a partire da questa epoca. Senza aver la pretesa di rinverdire i fasti della controversia tra papato e francescani, la domanda che è interessante per i nostri obiettivi è un'altra. In quale senso stiamo parlando qui di diritti?

È difficile dare una risposta a questa domanda. Da una parte è chiaro, nonostante ci sia stato chi ha sostenuto il contrario⁸⁹, che l'uso tardo medievale della categoria di diritti soggettivi non è paragonabile a quelli successivi – del giusnaturalismo moderno prima, e dell'epoca che va dalle grandi dichiarazioni settecentesche fino ai nostri tempi. Dall'altra è anche vero, come si ricordava, che la tematizzazione riguardo ai diritti soggettivi è fin dagli esordi anche una discussione sui diritti naturali. Ma quest'ultimi non possiedono in questa fase storica quei caratteri di centralità normativa che si è soliti attribuire a questa idea. Questo perché nelle teorie medievali dove è possibile rintracciare la nascita della nozione di diritti soggettivi ciò che rimane cruciale è ancora il concetto di legge naturale e quello di diritto oggettivo.

Potrebbe darsi che il pensiero medievale abbia in questo caso messo piede su un nuovo continente senza rendersene conto, ma è più probabile che mancassero a esso altri tasselli concettuali per liberare le potenzialità della categoria che aveva inventato – tasselli che saranno formulati come si vedrà soltanto in epoca moderna. In ogni caso, due importanti questioni che diventeranno fondamentali nella discussione sui diritti naturali sono rinvenibili in questo periodo storico. Nel primo caso si tratta dell'idea di diritti come qualità o poteri inerenti al soggetto stesso – condizione necessaria per poter parlare di diritti in un senso non più semplicemente formale. Nel secondo caso si tratta invece del rapporto cruciale tra i diritti naturali e l'ambito politico e giuridico⁹⁰.

1.2.3 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: de Groot

A partire dal mondo moderno la categoria dei diritti naturali si emancipa da quella di legge naturale, dando luce a teorie che possono essere definite come «basate sui diritti naturali» piuttosto

88 G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, op. cit., p. 71.

89 J. Kilcullen, *Medieval and modern concepts of rights: how do they differ?*, in Virpi Mäkinen (a cura di), *The Nature of rights: moral and political aspects of rights in late medieval and early modern philosophy*, "Acta philosophica Fennica" 87 (2010).

90 Questo non implica – come in maniera semplicistica si potrebbe pensare – che i diritti naturali si pongono sempre come una sorta di legislazione parallela ideale cui l'ambito legislativo positivo dovrebbe aspirare a tendere. Gli autori francescani inseriti in questo dibattito, per esempio, avevano impostato, paradossalmente, l'intero discorso sulla nozione di diritti proprio per rivendicare la propria libera e autonoma capacità di *alienare* questi loro diritti naturali. Ciò che ritenevano normativamente importante in ambito politico e giuridico non era quindi tanto il diritto in sé, ma la possibilità che fosse possibile riconoscere in maniera istituzionale la sua rinuncia. Sull'argomento, B. Tierney, *Marsilius on rights*, op. cit., p. 16.

che «basate sulla legge naturale». Anche qui, come riguardo al precedente problema della genesi dei diritti soggettivi, il punto di rottura può essere scelto lungo diversi percorsi della storia delle idee. Alcuni di questi punti di faglia, in particolare, mi sembrano più importanti di altri. Il primo è collegato alla nascita della tradizione del giusnaturalismo «protestante»⁹¹, solitamente ricondotta al pensiero di Hugo de Groot. Nei due prossimi paragrafi farò brevi riferimenti invece a Hobbes e a Locke, poiché è in questi due autori che si possono rinvenire a mio avviso altre idee paradigmatiche per definire la costellazione di significati che accompagna l'idea comune di diritti naturali in quella che è l'epoca «classica» di questa nozione.

Hugo de Groot è probabilmente il padre della prima teoria in cui i diritti soggettivi naturali sono più importanti della legge naturale concepita in senso oggettivo, poiché il contenuto stesso della legge naturale è ricondotto al riconoscimento e al rispetto dei diritti individuali delle persone⁹². Sono due i momenti costitutivi di questo nuovo paradigma. Il primo passo è l'emancipazione della legge naturale dall'ambito teologico e dalla legge divina. Com'è risaputo, de Groot spinge il suo realismo morale nei *Prolegomena* alla sua opera *De iure belli ac pacis* fino a sostenere che le norme espresse dalla legge naturale esisterebbero anche se non ci fosse alcun dio⁹³. In parte il punto di rottura tra legge naturale e legge divina si trova qui, ma la questione cardinale è altrove. Questa «ipotesi diabolica» non era infatti così originale e radicale come può sembrare ai nostri occhi:

91 Un filone ideale della storia del pensiero giusnaturalista che potremmo opporre a quello «cattolico» di derivazione scolastica, che comincia con Tommaso e ha il suo più importante esponente nell'epoca moderna in Francisco Suarez. Sulle differenze tra il giusnaturalismo cattolico e quello protestante vedi K. Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1996, pp. 24-6.

92 Knud Haakonssen (*Hugo Grotius and the history of political thought*, "Political Theory" 13-2 (1985), p. 242) scrive a proposito della teoria di de Groot: "essa può a prima vista ricordare quella di Aristotele e di San Tommaso: l'uomo è socievole perché è creato a tal scopo per vivere in armonia con la legge di natura. Ma questo è in realtà spiegato in una maniera totalmente non aristotelica, poiché la *socialitas* cui siamo vincolati dalla legge di natura è per de Groot semplicemente il rispetto dei diritti, concepiti come diritti soggettivi, degli altri". Partendo da qui Haakonssen argomenta che nella teoria di de Groot i diritti sono prioritari rispetto alla legge naturale (*From natural law to the rights of man*, in K. Haakonssen e M.J. Lacey (a cura di), *A culture of rights. The bill of rights in philosophy, politics, and law 1791 and 1991*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, pp. 24-6). Una simile opinione sembra essere anche quella di Tuck, per cui il sistema di de Groot è forse il primo basato sui diritti invece che sulla legge naturale (R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., pp. 66 e sg.), di Karl Olivecrona, il quale afferma che probabilmente il sistema di de Groot si reggerebbe anche facendo a meno della legge naturale (K. Olivecrona, *Die zwei Schichten im naturrechtlichen Denken*, trad. ing. *The two level in natural law thinking*, "Jurisprudence" 1-2 (2010)), e di Umberto Vincenti, secondo cui con de Groot si affaccia "l'idea di uno *ius naturale* come insieme di *iura* o diritti" (*Diritti e dignità umana*, op. cit., p. 46-8). Per un giudizio critico su questa ricostruzione di de Groot come padre della prima teoria del diritto naturale basata sui diritti soggettivi vedi B. Tierney, *The idea of natural rights*, op. cit., cap. XIII. Anche Guido Fassò ridimensiona parecchio l'originalità di de Groot (vedi il suo *Storia della filosofia del diritto*, op. cit., vol. II, pp. 71-84). Può darsi, come sostengono questi ultimi autori, che l'originalità di de Groot sia frutto più delle interpretazioni che sono state date al suo pensiero che delle sue qualità intrinseche, e che tante delle sue idee fossero già state formulate in precedenza. Può anche darsi che de Groot non fosse minimamente al corrente della potenziale innovatività del suo lavoro, o che non fossero questi gli esiti cui sperava di giungere. Tutto ciò non toglie che è nel particolare insieme delle sue categorie e formulazioni filosofiche che è possibile rinvenire le fondamenta di un nuovo discorso sul tema dei diritti e che, conseguentemente, i temi dell'«originalità» delle singole idee di de Groot, o delle sue reali «intenzioni» hanno interesse solamente derivato.

93 *De iure belli ac pacis*, *Prolegomena* § 11.

tanto per cominciare era già stata avanzata in precedenza svariate altre volte⁹⁴. Inoltre essa si limitava di fatto a definire a grandi lettere il paradigma del giusnaturalismo «razionalista» che come si è visto era vecchio quanto l'idea stessa di legge naturale. La vera rottura operata da de Groot risiede piuttosto nel modo in cui è concepita la legge naturale. Per l'olandese la natura umana è intrinsecamente sociale, ed è qui che possiamo ritrovare gli elementi costitutivi della legge naturale, non nel carattere teleologico della natura.

Il secondo momento fondamentale che è possibile rintracciare in de Groot è la centralità posseduta dai diritti soggettivi nella sua teoria. Tutte le vecchie teorie del diritto naturale avevano posto l'accento o sul carattere «giusto» degli elementi della legge, o sul suo carattere obbligatorio. Ciò che era ritenuto essenziale in queste teorie era il posizionamento di un fine oggettivo e indipendente da soggetti che generava in questo modo – direttamente o indirettamente – la trama di obbligazioni naturali. De Groot mette al centro della legge naturale invece il rispetto dei diritti soggettivi individuali: conseguentemente, a generare le obbligazioni sono i soggetti stessi e non qualche fine oggettivo voluto da dio ed esterno ai soggetti.

De Groot in questo modo salda in maniera del tutto originale aspetti della «vecchia» tradizione giusnaturalistica scolastica con la «nuova» concezione dei diritti soggettivi uscita dal laboratorio concettuale del tardo medioevo. Quanto fosse voluta questa novità, è difficile giudicarlo. La tradizione tardo medievale che aveva prodotto la nozione di diritto soggettivo, basta ricordare Ockham, affondava le proprie radici in una concezione volontaristica della legge morale: questa era giusta e buona perché voluta da dio. Un approccio basato sui diritti naturali implica invece che un uomo possiede un diritto indipendentemente da chi è e da ciò che fa: e in Ockham troviamo ancora un elemento spurio da cui dipendono i diritti di un uomo, la volontà divina. Quest'ultimo elemento è spazzato via da de Groot. Può darsi che l'obiettivo dell'olandese fosse soltanto quello di rendere manifesto il suo anti-volontarismo, o meglio, di fondere una concezione razionalista con una volontarista, come accade per esempio in Suarez, e non di costruire realmente un'alternativa⁹⁵. Ma di là di questo tirare a indovinare le sue intenzioni, ciò che realmente conta è che nella sua teoria i diritti naturali escono da una matrice esclusivamente teologica e “giungono a usurpare il cuore della teoria della legge naturale, poiché la legge naturale diventa, semplicemente, il rispetto reciproco dei diritti”⁹⁶.

94 Su questo è molto interessante F. Oakley, *Natural law, laws of nature, natural rights*, op. cit., p. 65, e G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, pp. 82-3. Vedi anche B. Tierney, *The idea of natural rights*, op. cit., cap. XIII e L. Besselink, *The impious hypothesis revisited*, “Grotiana” 9 (1988) dove si elencano alcune fonti probabili di de Groot. L'«ipotesi diabolica», che altro non è se non un attestato spiccato di realismo morale, e che come tale probabilmente è coerente anche con la prospettiva di fondo del tomismo, era stata formulata esplicitamente in precedenza da Gregorio di Rimini e Gabriel Biel, e in maniera ancora più radicale dallo scolastico Gabriel Vázquez.

95 Per questa ipotesi vedi F. Oakley, *Natural law, laws of nature, natural rights*, op. cit., p. 66 e sg.

96 R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., p. 67.

1.2.4 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: Hobbes

Un altro paradigma fondamentale per comprendere la rottura moderna e le teorie riguardo ai diritti naturali che essa ha prodotto è costituito dal pensiero di Thomas Hobbes. Secondo la nota tesi di Leo Strauss⁹⁷, il diritto naturale in senso moderno nascerebbe addirittura con il «mostro di Malmesbury». La fisica anti-finalistica di Hobbes converge naturalmente nella sua antropologia, spezzando i binari della rotaia teleologica tra essere e dover essere, funzione e normatività, che permeava la dottrina della legge naturale scolastica⁹⁸. Sulla scia di Machiavelli, e come sarà per Spinoza, la materia e il soggetto della politica è l'uomo così com'è. E l'uomo, per Hobbes, è intrinsecamente insocievole e dominato dalle passioni⁹⁹, la più forte di tutte, la paura della morte. In questa maniera, la paura della morte, secondo Strauss, prende il posto del *telos*¹⁰⁰.

La grande originalità della teoria hobbesiana è, sempre secondo Strauss, il suo aver posto per la prima volta un diritto – e non un dovere – come fatto morale assoluto, rompendo con la tradizione della legge naturale che era stata fino a quel momento una tradizione del primato dei doveri – più che dei diritti. Il diritto naturale ad agire in modo da garantire la nostra autoconservazione è basilare perché primo e perché da esso si costruisce l'impalcatura razionale che porta al corpo politico. Ed è assoluto, perché non cessa di sussistere mai¹⁰¹.

Si tratta certamente di una ricostruzione plausibile, ma per capire l'importanza di Hobbes nel panorama delle teorie sui diritti naturali – e soprattutto in quale senso egli costruisca un paradigma che non è unico, bensì alternativo, all'interno di questo genere di teorie – bisogna ridimensionare l'interpretazione straussiana. La teoria di Hobbes, infatti, si regge su una concezione molto ristretta di che cosa siano i diritti, rispetto all'uso che facciamo normalmente di questa categoria. Il diritto all'autoconservazione – così come tutti gli altri diritti derivati posseduti dagli uomini nello stato di natura secondo Hobbes – è nel lessico normativo moderno un tipo di diritto solitamente chiamato

97 L. Strauss, *Natural right and history*, University of Chicago Press, Chicago 1950. Questa ipotesi è stata oggetto a numerose critiche: per esempio vedi B. Tierney, *Natural rights history*, cap. XIII, 4.

98 Su questo punto vedi L. Strauss, *Natural right and history*, op. cit., pp. 7-8 e pp. 169-70, e G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, op. cit., pp. 90-101.

99 Sulla questione di Hobbes e le passioni è a mio avviso molto utile A. Ferrarin, *Artificio, desiderio, considerazione di sé. Hobbes e i fondamenti antropologici della politica*, ETS, Pisa 2001.

100L. Strauss, *Natural right and history*, op. cit., p. 181.

101Nonostante una pesante ambiguità di fondo si potrebbe dire che gli uomini, anche dentro al Leviatano, mantengono pur sempre un piede nello stato di natura. Per Hobbes, infatti, niente e nessuno può togliere a un individuo il suo diritto a cercare la sopravvivenza. A proposito vedi per esempio *Leviathan. Or the matter, form, and power of a Commonwealth, ecclesiastical and civil*, in *The english works of Thomas Hobbes*, John Bohn, London 1966, vol. III, cap. XIV, pp. 119-20. Il problema dell'inalienabilità del diritto all'autoconservazione e delle contraddizioni che esso comporta è affrontato estesamente in R.E. Ewin, *Virtues and rights. The moral philosophy of Thomas Hobbes*, Westview, Boulder 1991, cap. III.

*libertà*¹⁰². Le libertà, come vedremo nel prossimo capitolo¹⁰³, sono delle strutture normative particolari che misurano uno spazio di anomia attorno a una relazione tra agenti. Se io ho una libertà di ϕ , vuol dire che non ho il dovere di non- ϕ , e allo stesso tempo tu non hai alcun obbligo di assistenza – e neanche di non interferenza nei miei confronti. Un calciatore, per esempio ha certamente il diritto-libertà di calciare la palla nella porta avversario, ma questo non significa che i giocatori avversari non abbiano il diritto-libertà di cercare di impedirglielo.

Adesso, i diritti-libertà sono chiaramente un tipo molto particolare di diritti, sicuramente né l'unico, né tanto meno quello più vicino al concetto generale di questa nozione. Affermare che la teoria hobbesiana è basata sui diritti perché è basata sulla libertà assoluta è in un certo senso vero, ma in un altro è sicuramente fuorviante. È vero perché le libertà *sono* diritti. D'altro canto è fuorviante, poiché non è possibile parlare di contenuto normativo a proposito di queste libertà¹⁰⁴.

Lo stato di natura hobbesiano si può definire come un sistema di libertà nude¹⁰⁵, ovvero non protette da strutture normative di qualsiasi altro genere. Un sistema simile costituisce un caso limite, e di quelli interessanti: esso è, infatti, uno spazio di libertà assoluta. E uno spazio di libertà assoluta è lo spazio anomico per eccellenza, non perché le libertà siano un concetto necessariamente non-morale. Vi possono essere libertà importanti da un punto di vista morale, ma proprio per la loro importanza esse necessitano di essere definite e protette; per questo il loro spazio permissivo è difeso da un recinto di obbligazioni e divieti: proprio quel tipo di protezione e delimitazione che non esiste in uno spazio di libertà assoluto, il quale è uno *spazio anomico*, perché moralmente indefinito e omogeneo. Se è vero che Hobbes è il padre delle teorie normative basate sui diritti, quale teoria successiva ha adottato la propria concezione dei diritti a partire da questo vuoto pneumatico morale?

Ai fini che ci interessano, sono due i caratteri salienti della teoria hobbesiana. Anzitutto, in essa troviamo chiaramente definito una delle componenti del giusnaturalismo moderno, che è la separazione dei diritti soggettivi dalle norme della legge naturale¹⁰⁶. Secondariamente, Hobbes non

102“Diritto”, scrive Hobbes, “consiste nella libertà di fare o di non fare”, e “legge e diritto differiscono tanto quanto l'obbligo e la libertà, i quali sono incompatibili in una e una stessa materia” (*Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. XIV, p. 117).

103In particolar modo nel paragrafo [2.2.2].

104A tal proposito Ewin scrive che “la posizione generale di Hobbes riguardo ai diritti naturali è che sono inutili: coloro i quali adoperano questa nozione lo fanno per criticare i diritti positivi, ma l'idea di diritti naturali non può essere adoperata per organizzare in maniera propria una società” (*Virtue and rights*, op. cit., p. 65). Tierney invece descrive l'idea di diritti naturali in Hobbes “come una aberrazione del filone principale riguardo ai diritti naturali che scorre dai giuristi medievali attraverso Ockham, Gerson, fino a de Groot, Pufendorf, Locke e gli scrittori dell'Illuminismo” (*The idea of natural rights*, op. cit., p. 340).

105Vedi H. Steiner, *An essay on rights*, Blackwell, Oxford 1994, ma anche J. Feinberg, *Wasserstrom on human rights*, “The Journal of Philosophy” 61-20 (1964), pp. 641-2. Per l'origine di questa descrizione di uno spazio anomico di libertà assoluta nel pensiero di John Selden vedi R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., pp. 90-1.

106Carlos Santiago Nino scrive a proposito: “per il giusnaturalismo tradizionale, i diritti soggettivi sono indipendenti rispetto a ciò che dispongono le norme del diritto oggettivo. Sono facoltà e poteri innati degli uomini (...) che

solo separa i diritti dalla legge naturale, ma di fatto separa il linguaggio dei diritti da quello della normatività in senso stretto¹⁰⁷: e questo rimane forse il dato peculiare più caratteristico della sua teoria. Ma è proprio a causa di questa separazione, a ben vedere, che non è possibile affermare che Hobbes abbia dimostrato che «i diritti naturali necessariamente collidano», e che questa affermazione di un mondo normativo non ordinato armonicamente – come quello, al contrario, postulato dalle teorie tradizionali della legge naturale – costituisca un nuovo punto di partenza per le teorie morali¹⁰⁸. Siamo sicuramente di fronte a un nuovo punto di partenza, ma non per questi motivi. I diritti in Hobbes *non* collidono, per il semplice fatto che sono libertà nude. Queste non possono tra loro collidere, poiché non sono rivendicazioni o pretese legittime di qualcosa¹⁰⁹. Ciò che collide sono gli atti degli agenti inseriti in uno spazio di libertà assoluta, ma non i diritti. Avere il diritto-libertà di fare ϕ non significa che si è titolati a fare ϕ , e neanche che vi sia qualcosa di ingiusto se non riusciamo a fare ϕ ¹¹⁰.

1.2.5 Le teorie dei diritti naturali «classiche»: Locke

La terza concezione originale dei diritti naturali che prenderò rapidamente in esame è quella di John Locke. È opinione diffusa che una concezione delle persone come entità separate, come individui, sia assolutamente centrale nell'evoluzione del concetto di diritti. Herbert per esempio scrive:

“Il concetto di diritti nel moderno senso soggettivo – l'idea di diritti che appartengono alla persona indipendentemente da ogni virtù morale o merito (...) – non poteva sorgere prima che gli esseri umani fossero pensati come esseri distinti in se stessi.”¹¹¹

È questa caratteristica a determinare la tarda comparsa del concetto di diritti¹¹². E a spiegare, forse,

esisterebbero anche nell'ipotesi di un'abolizione della tecnica di regolamentazione e motivazione della vita sociale caratteristica del diritto oggettivo” (C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 195).

107Spinoza porterà successivamente allo stremo questa separazione, dando una definizione del diritto naturale – sia nel *Tractatus theologicus politicus* che nel successivo *Tractatus politicus* – che di fatto è indistinguibile da una legge universale di natura – ritornando in questo modo alla definizione «naturalistica» più forte che è possibile dare del paradigma giusnaturalista.

108Due esempi di affermazioni di questo genere: G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, op. cit., p. 317 e K. Haakonssen, *From natural law to the rights of man*, op. cit., p. 27.

109Tornerò sulla questione nel paragrafo [4.1.1].

110In generale, non è neanche vero che i diritti naturali siano la causa del conflitto in Hobbes. I diritti naturali hobbesiani sanciscono che tutto è lecito. Ciò che causa il conflitto sono le passioni poste nel vuoto normativo dello stato di natura. È per questo motivo che è sbagliato dipingere quello descritto da Hobbes come un mondo morale conflittuale: esso è un mondo dove tutto è lecito, e quindi vi possono essere sì conflitti tra atti, ma non conflitti morali.

111G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, op. cit., p. 1.

112Questa potrebbe essere inoltre un'ottima spiegazione del fatto che il concetto di diritti non fosse presente nella filosofia pratica greca. “Il potere posseduto dalla comunità era totale (...) non vi erano diritti naturali dell'individuo

come paradossalmente le prime teorie del diritto naturale, contrariamente a quello che siamo abituati a pensare con la nostra mentalità contemporanea, avessero esiti politici generalmente autoritari: prima di Locke, infatti, Spinoza – il cui concetto di diritto naturale è notoriamente difficile da classificare – è tra i grandi giusnaturalisti l'unica voce fuori del coro¹¹³. Oltre a Hobbes, che a proposito non è l'eccezione, ma la regola¹¹⁴, si possono ricordare a tal proposito de Groot¹¹⁵, Selden, Suarez e Pufendorf.

Non voglio ovviamente affermare che in questi autori non vi sia un'idea di persona. L'idea di *suum* di de Groot ne è un esempio. Così come l'atomismo di partenza hobbesiano, per esempio, è chiaramente un passo avanti da un mero punto di vista negativo nella messa in crisi dei vecchi paradigmi. Il punto, piuttosto, è il concetto di persona che ne viene fuori, sebbene posto fuori di ogni impianto teleologico e legato al concetto di sostanza, è comunque ancora *astratto*. Esso implica l'alienazione dei propri diritti naturali in un contesto altro che è posto oltre la stessa persona e non più riconducibile a essa. E non solo. Per Hobbes le qualità personali non contano nello stato di natura: nessuno è tanto forte da sentirsi al sicuro da una lega temporanea di deboli, nessuno tanto smaliziato da non poter essere un giorno superato per esperienza da qualcun altro¹¹⁶. L'eguaglianza è un principio formale che equivale al livellamento indistinto di ogni individualità.

Da un punto di vista logico-ontologico, come è stato a mio avviso ben dimostrato¹¹⁷, l'affermazione più compiuta della nozione di individuo si ha con Leibniz. Da un punto di vista della teoria morale, e in particolare della teoria dei diritti naturali, è John Locke¹¹⁸ a tematizzare questa

a inibire l'azione statale, nessun diritto inalienabile concesso o sancito da un'alta autorità” scrive a questo proposito M.I. Finley, *Politics*, in M.I. Finley (a cura di), *The legacy of Greece. A new appraisal*, Clarendon, Oxford 1981, pp. 26-7. Sulla questione della diversa idea di concepire la separatezza e i diritti nel mondo greco è a mio avviso molto interessante anche A.W.H. Adkins, *Moral values and political behaviour in ancient Greece. From Homer to the end of the Fifth Century*, Norton, New York 1972.

113L'eccentricità di Spinoza è facilmente spiegabile se pensiamo che, nonostante parta da assunti che possono sembrare all'apparenza hobbesiani, la sua idea di libertà è radicalmente diversa da quella di Hobbes. Mentre per questi l'ordinamento statale va in direzione della sicurezza, e quindi della negazione della libertà stessa intesa come assenza di vincoli, per Spinoza il fine dello stato è la libertà intesa in un'accezione positiva – come capacità di adoperare la ragione.

114Vedi R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., p. 3.

115L'assolutismo di de Groot – che potrebbe sembrare in contrasto con la sua idea di legge naturale incentrata sui diritti soggettivi – è ampiamente discusso da Tuck (*Natural rights theories*, op. cit., pp. 63-6 e 77-80).

116Vedi T. Hobbes, *Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. XIII, p. 110-1.

117A. Renaut, *L'ère de l'individu: contribution à une histoire de la subjectivité*, Gallimard, Paris 1989. Louis Dumont (vedi il suo *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Editions du Seuil, Paris 1983, II.2) si sofferma sulla questione dell'importanza del pensiero occamiano per la nascita dell'individuo moderno, che avviene sostanzialmente grazie a due capisaldi teorici: il volontarismo, che rende la legge naturale scolastica superflua liberando dio da ogni genere di vincolo, e il nominalismo che riporta l'attenzione sui soggetti. Ma come sottolineato da Renaut, questa può essere considerata soltanto una *prefigurazione* del concetto vero e proprio di individuo moderno.

118Per una problematizzazione di questo spartiacque storiografico vedi B. Tierney, *Dominion of self and natural rights before Locke and after* R. Schüßler, *Moral self-ownership and ius possessionis in scholastics*, entrambi in V. Mäkinen e P. Korkman (a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, op. cit. Come sottolinea un altro saggio di questa raccolta (J. Coleman, *Are there any individual rights or only duties? On the limits of obedience in the avoidance of sin according to late medieval and early modern scholars*) è però solo con

nozione e a metterla al centro della sua prospettiva, tramite la concezione di individuo proprietario¹¹⁹, secondo cui “ogni uomo ha una proprietà nella sua persona (...) su cui nessuno ha un diritto tranne se stesso”¹²⁰. L'eguaglianza diventa così l'eguale possesso di facoltà che mettono in condizione il soggetto di costituirsi individualmente e di differenziarsi, sebbene in larga misura soltanto tramite il mezzo dell'acquisizione esterna. L'individuo mantiene il controllo dei propri diritti, perlomeno di alcuni, anche una volta entrato in società e non è più un momento astratto destinato a essere riassorbito dall'assoluto statale: è anzi un momento sempre determinante di questo, poiché possiede la capacità di ritirare la sua adesione nel caso siano lesi ingiustamente i suoi diritti.

C'è stato chi ha visto in quella di Locke una teoria basata sui diritti¹²¹ o addirittura il paradigma di queste teorie¹²², chi invece ha sottolineato la sua completa dipendenza dalla legge naturale e dalle obbligazioni¹²³. Simmons ha cercato di giungere una convincente via di mezzo tra queste due posizioni¹²⁴. Se accettiamo questa interpretazione, il riconoscimento lockeano della separatezza delle persona diventa l'elemento per comprendere come mai la sua teoria conduca all'opposto di una soluzione autoritaria, e conseguentemente a un terzo interessante paradigma delle teorie «classiche» dei diritti naturali.

Locke che si ha l'apporto originale per cui l'individuo è proprietario perché la proprietà è *nella* sua persona. Mentre prima ciò che ritroviamo è infatti un sé che è il sé perfettibile secondo i canoni della specie, definiti da dio o dalla natura – ma sostanzialmente omogeneo e quindi identico agli altri sé – con Locke e, in misura minore con Hobbes, abbiamo uno scarto.

119È bene ricordare che, nel contesto della discussione sui diritti naturali che si trova nel *Second treatise*, la nozione di *property* è ben più ampia di quella di proprietà materiale e include anche la vita – e a volte anche altre rivendicazioni come la salute – nonché determinazioni strettamente morali come la libertà. Sulla questione vedi F. Viola, *Dalla natura ai diritti*, op. cit., pp. 281-2 e K. Olivecrona, *The term «property» in Locke's two treatises*, “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 61-1 (1975).

120J. Locke, *The second treatise of government*, in *The works of John Locke in ten volumes*, Scientia Verlag, Aalen 1963, vol. V, § 27.

121L. Strauss, *Natural right and history*, op. cit., p. 248.

122C. Taylor, *Atomism*, in *Philosophical papers II. Philosophy and the human sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985; J. Raz, *Right-based theory*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of rights*, Oxford University Press, Oxford 1984.

123Per esempio D. Gauthier, *Why ought one obey God? Reflections on Hobbes and Locke*, “Canadian Journal of Philosophy” 7-3 (1977). Questo tipo di interpretazione non sembra essere consistente con quanto lo stesso Locke afferma in *Some thoughts concerning education*, in *The works of John Locke in ten volumes*, op. cit., vol. IX, § 186. Knud Haakonssen, pur sostenendo che, come in Pufendorf, anche in Locke i diritti naturali sono poteri che servono a rispettare gli scopi dei doveri fondamentali contenuti nella legge naturale, ha sottolineato che tra i diritti implicati dalla legge vi è anche il diritto di eseguire e far eseguire la legge (vedi J. Locke, *The first treatise of government*, in *The works of John Locke in ten volumes*, op. cit., vol. V, § 7) e che questo di fatto segna un rovesciamento nei confronti dell'idea pufendorfiana di un appiattimento della dimensione dei diritti su quella della legge. Vedi a proposito, K. Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, op.cit., pp. 55-6.

124A.J. Simmons, *The lockean theory of rights*, op. cit., II. Un giudizio analogo è quello portato da J. Kleinig, *Human rights, legal rights and social change*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, St. Martin Press, New York, 1978.

1.2.6 I filoni tedesco e scozzese

Arrivati a questo punto, dovrebbe già risultare evidente come il filone «classico» sia composto da teorie piuttosto diverse tra loro, attraversate da una nozione di diritti naturali che difficilmente può essere ricondotta a un canone comune. Una ulteriore differenziazione avviene nel periodo successivo a quello «classico». La tradizione del giusnaturalismo moderno e protestante continua a rimanere viva, così come vitale rimane quella del giusnaturalismo di ispirazione scolastica. Nel diciottesimo secolo, però, il linguaggio dei diritti naturali subisce ulteriori mutazioni che danno luce a due nuovi filoni molto diversi tra loro.

Il primo di questi – quello tedesco – si origina idealmente a partire da Kant, e prosegue nel pensiero di Fichte ed Hegel. La sua esigenza concettuale prende avvio da un tentativo di sintetizzare e oltrepassare istanze sottolineate da Hobbes da una parte, e da Rousseau dall'altra. Scopo di questo filone teorico è ricomporre l'universo anomico hobbesiano, e la soluzione adottata è a partire da un concetto di razionalità che è quello della ragione in Kant, e quello di storia di Hegel. L'esito di questa operazione è la costruzione della nozione di diritti nei termini di uno strumento normativo esclusivamente incentrato sulla coercizione esterna – e quindi sulla dimensione *positiva* della normatività. Si assiste in questa maniera a una radicale separazione dell'idea di diritti da quella di normatività morale. In Kant questa rimozione avviene sul piano della motivazione, e una certa ambiguità – o commistione – nel rapporto tra diritti e normatività morale permane¹²⁵. Questa ambiguità, a partire da Hegel, può invece dirsi del tutto risolta: e in questo modo siamo posti ben oltre l'orizzonte delle teorie dei diritti naturali.

Il secondo filone è invece quello che è possibile rinvenire nel dibattito sui diritti originatosi nell'illuminismo scozzese. Anch'esso è in parte tentativo di andare oltre gli esiti hobbesiani, ma la strategia cui perviene è di mantenere il discorso sui diritti entro una dimensione morale, allo stesso tempo separandolo radicalmente, almeno nel compimento di questa tradizione che si ha in Adam Smith, da ogni riferimento alla nozione di legge naturale¹²⁶. Riassumiamo brevemente i caratteri principali di questa operazione.

L'ambiente filosofico dell'illuminismo scozzese era indubbiamente predisposto per costruire un orizzonte originale riguardo ai diritti. Alcuni dei suoi tratti distintivi rompevano decisamente sia con il quadro giusnaturalista «protestante», sia con quello di matrice scolastica. Tra questi si può

125Scrive a tal proposito Leslie Arthur Mullholland: “Kant non sta rimuovendo il concetto di diritto dal reame della moralità. Sta piuttosto mostrando che la moralità permette al diritto di essere caratterizzato attraverso la coercizione e la reciprocità, senza riferimento a motivazioni etiche” (*Kant's system of rights*, Columbia University Press, New York 1990, p. 192).

126A tal proposito vedi K. Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, op. cit. e *The science of a legislator: The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge University Press, Cambridge 1981.

ricordare una spiccata esaltazione della natura sociale dell'uomo¹²⁷; uno spazio morale originario concepito oltre i termini ristretti di una lotta per l'autoconservazione o per l'appropriazione (non per niente Mandeville e Hobbes erano i *bogey men* filosofici per eccellenza di questi pensatori); inoltre, le teorie contrattualistiche erano guardate con un certo sospetto, e l'idea di giustizia era declinata su un piano individuale piuttosto che organico – requisito quest'ultimo per fare sì che si potesse tenere ben distinta l'idea di diritti soggettivi da quella di diritto oggettivo; infine, almeno in David Hume e in Adam Smith, era chiaro il rigetto di ogni residuo di finalismo che ancora si poteva trovare nei loro predecessori, nonostante gli svariati richiami programmatici al «metodo newtoniano» cui tutti pagavano omaggio.

Il discorso sui diritti penetra all'interno della filosofia dell'Illuminismo Scozzese grazie a Gershom Carmichael, il primo di una lunga serie di illustri figure¹²⁸ che si avvicineranno presso la cattedra di *Moral Philosophy* dell'Università di Glasgow. Carmichael scrisse (nel 1718) un commento al *De officio hominis et civis* di Samuel Pufendorf, ma fu con il suo successore Francis Hutcheson¹²⁹ che si ebbe probabilmente il primo approccio originale al problema. Secondo Hutcheson l'individuo non può essere visto come il semplice proprietario di una vita e di beni da difendere: esso è piuttosto il titolare di uno spazio morale non più angustamente relegato alla libertà di coscienza religiosa. In questo modo, la dignità e l'autonomia, come fonti dei diritti, non sono più esclusivamente legate a una visione dell'uomo come soggetto razionale il cui unico compito è la gestione dell'autoconservazione e dell'appropriazione. Accanto a queste determinazioni si aggiunge infatti quella legata alla dignità dell'individuo e della piena tutela delle sue scelte¹³⁰. Nonostante questa concezione del soggetto portatore di diritti come soggetto morale, in Hutcheson essi hanno comunque un valore effettivo piuttosto debole all'interno del sistema complessivo. E questo perché la sua è principalmente una teoria delle virtù: i diritti, conseguentemente, non sono altro che dei correttivi utili da riconoscere di fronte alla perfezione soltanto in astratto del senso morale umano¹³¹.

David Hume non impiega il concetto di diritti, ma il suo silenzio è tanto interessante quanto la posizione di Hutcheson, poiché come momento antitetico «prepara» la problematizzazione successiva che si avrà con Smith. A tal proposito, il silenzio humeano può essere interpretato alla luce di due punti cardine del suo pensiero: la critica dell'*entusiasmo*, e quella del *finalismo*. Sia nella

127Su questi caratteri generali dell'illuminismo scozzese vedi G. Bryson, *Man and society: The scottish inquiry of the eighteenth century*, Princeton University Press, New York, 1948.

128In ordine cronologico: Francis Hutcheson, Adam Smith, Thomas Reid, Duglas Stewart.

129Vedi in particolar modo F. Hutcheson, *A system of moral philosophy*, in *Collected works of Francis Hutcheson*, Georg Olms, Hildesheim 1990, vol. V e VI.

130Sul carattere innovativo della tematizzazione dei diritti in Hutcheson rispetto alle precedenti teorie di de Groot, Hobbes e Locke ha insistito giustamente Francesco Viola: vedi *Dalla natura ai diritti*, op. cit., pp. 293-4.

131La stessa visione debole dell'importanza dei diritti si può ritrovare, per vie traverse, anche nel pensiero di Thomas Reid e di Dugald Stewart. Sulla questione vedi K. Haakonssen, *Natural law and philosophy*, op. cit.

teoria di Carmichael, sia in quella di Hutcheson, la continuità con la tradizione teleologica – e quindi teologica – della legge naturale rimane presente. La prospettiva di Hutcheson, per esempio, fa riferimento esplicito all'ideale di provvidenza. Dopo la critica humeana all'entusiasmo religioso e al finalismo, riesce difficile proseguire la ricerca morale su questa scia. Per continuare ad adoperare la nozione di diritti bisogna operare il definitivo distacco dalle istanze teologico-teleologico ancora presenti nell'opera dei primi illuministi scozzesi. Ed è quello che proverà a fare Adam Smith.

La teoria smithiana è interessante per almeno due motivi. Il primo è che essa radicalizza la concezione morale del soggetto in maniera ancora più forte di quanto aveva fatto Hutcheson, senza però basare questa costituzione morale su quei caratteri immediati di benevolenza naturale che finivano per relegare i diritti al mero ruolo di correttori¹³². Il secondo è che, tramite la sua teoria dello spettatore imparziale, riesce a presentare una concezione della giustizia fondata sui diritti¹³³ senza adoperare alcun meccanismo di tipo teleologico come motore della sua spiegazione, non rinunciando però a una caratterizzazione morale della forza posseduta da questi. I diritti, infatti, scaturiscono dal meccanismo sociale dello spettatore imparziale e dalla nostra meccanica sentimentale¹³⁴, quindi dalla morale, ma non per questo sono il frutto di un substrato etico naturale pre-esistente e contrapposto alla società o di qualche finalità essenziale della natura. In questo modo Smith scopre un modo diverso per tagliare il legame tra diritti e legge naturale: un modo basato su un soggetto morale che non è portatore di una condizione pre-sociale all'interno della società.

¹³²Smith è stato letto spesso esclusivamente alla luce della sua opera di economista e quindi come un teorico del *self-interest* quale motivo cardine alla base di ogni rapporto sociale: per questo motivo lo scozzese sarebbe in qualche modo antitetico all'idea di una concezione *morale* del soggetto, il quale per lui si caratterizzerebbe piuttosto in chiave prudenziale. Si tratta questa non solo di una lettura parziale e superficiale di Smith, ma è anche una lettura parziale e superficiale de *La ricchezza delle nazioni*, schiacciata sul famoso passo riguardo al *self-interest* del macellaio, del fornaio e del birraio nel fornirci il nostro pasto (*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, in *Glasgow edition of the works and correspondence of Adam Smith*, Liberty Fund, Indianapolis 1981, vol. IIa, pp. 70-1). Che questo passo sia spesso sovrainterpretato è dimostrabile partendo dalla considerazione che, nella stessa opera, si afferma in maniera netta che le considerazioni del *self-interest* (che già di per sé non sono il prodotto della *selfishness*) devono essere limitate da parte di un altro genere di considerazioni, quelle legate alla *giustizia* – che per Smith è la pietra angolare irrinunciabile di ogni ragionamento sulla società umana (*An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, in *Glasgow edition of the works and correspondence*, op. cit., vol. IIb, p. 109). Il mito di uno Smith fautore del *self-interest* come unico movente umano è fortunatamente decaduto in questi ultimi decenni, così come il cosiddetto «*Adam Smith problem*», la percezione ovvero che vi sia un contrasto irrisolvibile tra l'antropologia alla base della *Teoria dei sentimenti morali* e quella de *La ricchezza delle nazioni*. Tra gli autori che si sono dedicati a smontare queste letture mi limito a ricordare Amartya Sen e in particolare i suoi *Adam Smith's prudence*, in S. Lall & F. Stewart (a cura di), *Theory and reality in development*, Macmillan, London 1986, *Adam Smith and the contemporary world*, “Erasmus Journal for Philosophy and Economics” 3-1 (2010), *Uses and abuses of Adam Smith*, “History of Political Economy” 43-2 (2011).

¹³³“La giustizia è violata ogni qual volta qualcuno sia privato di qualcosa di cui aveva diritto e che poteva giustamente richiedere agli altri”, A. Smith, *Lectures on jurisprudence*, in *Glasgow edition of the works and correspondence*, op. cit., vol. V, p. 49.

¹³⁴Il nostro senso di giustizia, il quale si configura sotto forma di diritti (*Lectures on jurisprudence*, in *Glasgow edition of the works and correspondence*, op. cit., vol. V, cap. I, §§ 9-10), opera grazie ai sentimenti di natura retributiva i quali si attivano regolati dalle meccaniche dello spettatore imparziale (*The theory of moral sentiments*, in *Glasgow editions of the works and correspondence*, op. cit., vol. I, cap. II, § 1).

1.2.7 La stagione delle grandi dichiarazioni

Con Adam Smith si dimostra quindi che è possibile staccare i diritti da ogni teoria della legge naturale, senza per questo perdere la loro natura morale – o vedere questa necessariamente riassorbita in una normatività puramente giuridica oppure prudenziale. Certamente quella di Smith si propone ancora come una giurisprudenza: e pertanto siamo sempre in un'area «grigia», in cui i diritti non positivi si pongono come metro di giudizio e di validazione per l'istituzione dei diritti positivi, quindi, anche se solo dal punto di vista di quella che è una funzione classicamente attribuita a essi, come diritti naturali. L'originalità di Smith è che nel suo pensiero morale troviamo per la prima volta l'idea che – da un punto di vista morale e non esclusivamente prudenziale, politico oppure giuridico – l'interazione in uno spazio normativo da parte di un soggetto renda necessario parlare di diritti: siamo forse quindi, alla radice di un approccio «*right-based*» alle teorie morali.

Passiamo adesso un altro periodo della travagliata storia dei diritti naturali. Il diciottesimo secolo è, infatti, il secolo delle grandi dichiarazioni dei diritti – la *Virginia declaration of rights* (1776), *The United States declaration of independence* (1776), *The United States bill of rights* (1789), *La declarations des droits de l'homme et du citoyen* (1789). Con tutta probabilità fu la prima, ovvero la meno clamorosa, a costituire la fonte primaria per le altre – francese inclusa – ma questo è in fin dei conti un problema interessante solo per gli storici. Il punto è piuttosto che il linguaggio dei diritti naturali prepotentemente esce in questi anni dalla ristretta cerchia dei giuristi e filosofi e invade la politica, trovando un terreno pronto e ricettivo nell'opinione pubblica, come testimoniato per esempio dal successo di *Rights of man* di Thomas Paine, pubblicato nel 1791 come appassionata difesa – da parte di un rivoluzionario statunitense – della rivoluzione francese.

Le cause che resero possibile questa contaminazione virale del linguaggio dei diritti nell'ambito sociale e politico sono da ricercarsi questa volta in una serie di cambiamenti sociali e culturali che si erano prodotti nella cultura generale, piuttosto che all'evolversi e al cangiare di determinati concetti filosofici. A tal proposito, Lynn Hunt¹³⁵ ha recentemente individuato alcuni indicatori plausibili che ci mostrano quanto la società del diciottesimo secolo avesse mutato paradigma nei confronti della soggettività e del suo linguaggio: l'idea di un soggetto separato e autonomo, che come si è visto è una componente centrale dell'idea di diritti, non era mai stata, anche dentro alla ristretta cerchia degli intellettuali, così presente e pervasiva. Il secolo in cui crolla l'*ancien regime* è, infatti, anche il secolo in cui a fare da *best-seller* è il romanzo epistolare¹³⁶ – un genere letterario dove il

135L. Hunt, *Inventing human rights*, Norton, New York 2007.

136Per esempio *Pamela* (1740) e *Clarissa* (1748) di Samuel Richardson, *Giulia* (1761) di Jean Jacques Rousseau, *I dolori del giovane Werther* (1774) di Johann Wolfgang von Goethe, *Le ultime lettere di Jacopo Ortis* (1798) di Ugo Foscolo.

protagonista è l'interiorità della persona –, è il secolo delle prime campagne contro la tortura e la pena di morte (il caso Calas per cui Voltaire impugnerà la penna come una spada è del 1762, mentre nel 1764 esce il dirompente *Dei delitti e delle pene* del venticinquenne Marchese di Beccaria), del trionfo in pittura del ritratto rispetto ai soggetti corali basati sulla riproduzione accademica di scene mitologiche o storiche, delle vite ordinarie come nuovo soggetto di narrazione da parte dei giornali e della letteratura, del profondo sconvolgimento dell'architettura domestica che volta le spalle all'organizzazione promiscua e collettiva degli spazi verso una maggior attenzione per la *privacy* delle persone. Questi e altri fattori storici, secondo Hunt, costruendo la moderna idea di separatezza dei soggetti e sviluppando una chiara dialettica tra interno ed esterno necessaria per elaborare il concetto di persona, hanno creato un habitat naturale favorevole all'uso politico dei diritti, rendendo possibile così la stagione delle grandi dichiarazioni. E hanno inoltre permesso che si potesse cominciare a parlare dei diritti naturali nel senso di *diritti dell'uomo*¹³⁷.

Ma non solo. In mano a riformatori sociali e panflettisti il discorso sui diritti fu oggetto di numerose sperimentazioni che portarono alla sua quasi immediata applicazione oltre i confini delle dichiarazioni universali originarie. Da una parte si ricercarono nuove figure di titolari di diritti, poste oltre i confini circoscritti di una natura umana astratta e indeterminata, e dotati di rivendicazioni e istanze specifiche e irriducibili a quelle comuni a tutti gli esseri umani. Dall'altra si cominciò ad allargare la portata del discorso dei diritti oltre il perimetro delle libertà civili e politiche che avevano contraddistinto le prime dichiarazioni. In entrambi i casi, si diede via a un processo di estensione e proliferazione dei diritti che continua tutt'oggi¹³⁸.

137Come nota Peter Jones, *Rights*, St. Martin Press, New York 1994, p. 72. Vedi anche J. Cottingham, *The philosophical status of natural rights*, in W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times. Proceedings of the 14th IVR world congress in Edinburgh, August 1989*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1990. Chiaramente anche nell'epoca precedente a quella delle grandi dichiarazioni si era fatto un largo uso di carte di diritti: ma si trattava sempre di rivendicazioni specifiche limitate a contesti politici e geografici assai limitati. Per una discussione su questo genere di uso politico dei diritti precedente all'epoca delle grandi dichiarazioni, e sulle sue differenze con questa, vedi E. Kamenka, *The anatomy of an idea*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, op.cit., e U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, op. cit., pp. 69-73.

138L'idea di costruire carte e dichiarazioni di soggetti più specifici dell'astratto individuo umano fu assai repentina, praticamente coeva delle grandi dichiarazioni. Basta guardare alle date di questi primi tentativi: *A vindications of the rights of the woman* di Mary Wollstonecraft e la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* di Olympe de Gouges nel 1792, *The rights of the infants* di Thomas Spence del 1796, solo per citare i casi più importanti. Si è soliti pensare – complice una certa tendenza a suddividere i generi di aspirazione cui i diritti si sono fatti portavoce in *generazioni* – che il processo di diversificazione sia essenzialmente proiettato in una parabola storica che dai diritti civili e politici porta dapprima ai diritti sociali, e successivamente ai diritti culturali, ambientali, animali, ecc. Ma questa è – se pretende di andare oltre una certa certa soglia di specificità – soltanto una classificazione viziata da *esprit de système* storicista. Prendiamo per esempio i diritti sociali. Da un punto di vista filosofico la loro genesi sembra essere difficile da collocare. Per fare due esempi, Maurice Cranston (*Human rights today*, Ampersand, London 1962, p. 38) sostiene che sia posteriore a quello che ho definito periodo «classico», mentre Richard Tuck (*Natural rights theories*, op. cit., p. 13) afferma che le prime teorie sui diritti – quelle medievali – erano sostanzialmente teorie sui diritti passivi prima che sui diritti di libertà. L'idea di diritti sociali è presente, contrariamente a quello che si potrebbe ingenuamente pensare, in Locke (vedi J. Locke, *The first treatise of government*, in *The works of John Locke in ten volumes*, op. cit., vol. V, § 42). Una formulazione filosofica esaustiva e senza ambiguità di essi si ha però per la prima volta forse solo nel pensiero di Christian Wolff (sull'argomento, U.

In tutti questi casi il richiamo a una naturalezza costitutiva dei diritti che si pretendeva di rivendicare assumeva un valore argomentativo fondamentale, poiché permetteva di attribuire caratteri di inalienabilità, universalità ed evidenza alle aspirazioni perseguite dall'agenda politica di chi stendeva una dichiarazione. Questo nuovo genere di pratica politica fu generalmente esecrata da filosofi, giuristi e altri teorici. Gli effetti politici della grande stagione furono duraturi: se oggi viviamo in quella che è stata definita felicemente “l'età dei diritti”¹³⁹, lo dobbiamo in larga misura alla stagione delle grandi dichiarazioni. Dal punto di vista della giustificazione filosofica, però, l'impalcatura concettuale che sorreggeva le grandi rivendicazioni politiche dei diritti naturali mostrò rapidamente una certa fragilità, tanto che si può dire che il suo lascito teorico fu stroncato nel giro di pochi decenni. Le varie dichiarazioni furono infatti dapprima attaccate dal lato della loro universalità nel mondo anglosassone da Edmund Burke, e in quello teutonico da Friedrich Karl von Savigny. La scuola storica del diritto di von Savigny in particolare ebbe come risultato quello di eliminare l'unico fondamento ancora pienamente morale – ovvero quello della *universalità* dei diritti – presente nella descrizione di questi che il filone tedesco di Kant, Fichte e Hegel aveva mantenuto dopo la loro completa positivizzazione di cui si è detto in precedenza. Bentham successivamente si produsse in un attacco all'ontologia dei diritti naturali, e alla loro presunta confusione. Marx, infine, ne *La questione ebraica* liquidò i diritti dell'uomo definendoli i diritti dell'uomo egoista, separato dagli altri uomini e dalla propria comunità¹⁴⁰.

Vincenti, *Diritti e dignità umana*, op. cit., pp. 48-51). In ogni caso però, nell'ambito politico vero e proprio – l'ambito per l'appunto che stiamo discutendo in questo paragrafo – i diritti sociali sono stati rivendicati con forza nello stesso periodo in cui si innalzavano le grandi dichiarazioni dei diritti politici e civili di libertà: un caso esemplare a proposito è costituito da *Rights of man* di Thomas Paine (in T. Paine, *The writings of Thomas Paine*, Putnam's Sons, New York, 1894, vol. II), e dal successivo pamphlet *Agrarian justice* (1975 – in *The writing of Thomas Paine*, op. cit., vol. III), dove il sostegno a un radicale piano welfaristico di reddito minimo garantito fa uso del nuovo linguaggio politico dei diritti.

139N. Bobbio, *L'età dei diritti*, op. cit.

140K. Marx, *Zur Judenfrage*, “Deutsch Französische Jahrbücher” 1 (1844).

1.2.8 I diritti naturali nel novecento

È diventato un luogo comune storiografico collocare la *renaissance* delle teorie sui diritti naturali, dopo la loro eclissi ottocentesca, nella seconda metà del novecento¹⁴¹ – a seguito della seconda guerra mondiale, del processo di Norimberga e della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. Il preambolo alla *Dichiarazione* del '48 a dire il vero non menziona affatto il termine «naturale», sebbene in esso si possano trovare oltre che elementi concettuali – l'inalienabilità e l'universalità di questi diritti – tipici della passata tradizione, anche un certo «aroma» della stagione delle grandi dichiarazioni¹⁴². Di diritti naturali, in ogni caso, si è tornato a riparlare nella seconda metà del secolo scorso, senza che questo termine sembrasse una bestemmia, anche nella tradizione filosofica¹⁴³. Sono state due le direttrici di questo *revival*. La prima è sostanzialmente una riproposizione in chiave moderna della tradizione scolastica – tradizione che è sicuramente la più antica e persistente in questo ambito, e che come un fiume carsico appare e scompare per riapparire lungo tutta la storia delle idee¹⁴⁴. Esempi a questo riguardo sono il pensiero di Jacques Maritain¹⁴⁵ in Francia, di John Finnis¹⁴⁶ nel Regno Unito e di John Wild¹⁴⁷ negli Stati Uniti.

La seconda direttrice persegue invece l'ennesimo tentativo di convertire la nozione di diritti naturali a un nuovo significato, e lo fa cercando di inserirla all'interno della svolta linguistica della filosofia in lingua inglese novecentesca. Uno dei testi fondamentali di questa nuova declinazione dei diritti naturali – che potremmo definire «post-realista» poiché incentrata esclusivamente sulla questione del linguaggio – è stato l'articolo *Natural rights* di Margaret McDonald¹⁴⁸, che cercava di ancorare la problematica dei diritti al dibattito, per quei tempi contemporaneo, sull'emotivismo.

È difficile riconoscere in questa nuova ridefinizione dei diritti naturali una traccia delle vecchie declinazioni di questa nozione. I diritti naturali post-realisti non implicano alcun concetto di legge naturale, alcuna idea di essenza umana o di una antropologia definita, non implicano alcuna ontologia della coscienza, della razionalità o della libertà umana. La loro *natura* è quella di essere

141 Per un maggior dettaglio sull'argomento vedi A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna 2007.

142 G.B. Herbert (*A philosophical history of rights*, op. cit., p. 293) sostiene al contrario che la concezione moderna dei diritti umani contenuta nella *Dichiarazione* del '48 non abbia niente a che fare con la nozione di diritti naturali. Di là di quello che potrebbe essere uno specifico giudizio sulla sua tesi, c'è da dire che Herbert fa qui riferimento a quelle che ho chiamato teorie «classiche» dei diritti naturali: e qui ha probabilmente ragione. Ma in questo modo la sua può essere considerata soltanto una definizione parziale dei diritti naturali.

143 E in quella filosofica-teologica, in particolar modo in ambito cattolico. Sulle ambiguità di questa rivalutazione del linguaggio dei diritti da parte del magistero cattolico vedi U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, op. cit., pp. 93-8.

144 Su questo argomento vedi G.B. Herbert, *A philosophical history of rights*, op. cit., pp. 277-85.

145 Vedi soprattutto J. Maritain, *Man and state*, Chicago University Press, Chicago 1951.

146 J. Finnis, *Natural law and natural rights*, op. cit.

147 J. Wild, *Natural law and modern ethical theory*, "Ethics" 63-1 (1952).

148 M. MacDonald, *Natural Right*, "Proceedings of the Aristotelian Society" 47 (1946-1947). Altri due autori che rifiutano il problema del realismo dei diritti, pur adottando una posizione diversa da quella di MacDonald sono William Frankena, *The concept of universal human rights*, in *Science, language and human rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1952 e Henry David Aiken, *Rights, humans and otherwise*, "The Monist" 52-4 (1968).

linguaggio, e la loro *naturalità*, potremmo dire, impalpabile quanto lo è il suono di una parola.

1.2.9 Diritti morali o diritti naturali?

Siamo giunti alla fine del nostro volo radente sulla storia della nozione di diritti naturali. Alcuni elementi che abbiamo individuato torneranno utili nei prossimi capitoli, ma non per questo dobbiamo dimenticarci della precedente questione che ci ha impegnati in questo *tour de force* storico-filosofico: i diritti morali non sono nient'altro che una riproposizione della categoria dei diritti naturali, o una sorta di cavallo di troia attraverso cui inoculare di soppiatto nel nostro pensiero una qualche forma di giusnaturalismo?

Sarebbe facile rispondere a questa domanda con gli esempi. Basterebbe citare per esempio la discussione riguardo ai diritti morali portata avanti da John Stuart Mill in aperta polemica con George Lewis – discepolo di Austin, il quale a sua volta era stato allievo di Bentham. Mill sostiene che non è affatto contraddittorio parlare di diritti morali, “che stanno relativamente alle obbligazioni morali come i diritti legali alle obbligazioni legali”¹⁴⁹, basta mettersi d'accordo riguardo a quello di cui stiamo predicando. In particolare, prosegue Mill, per parlare di diritti morali non c'è affatto bisogno di invocare un qualche diritto naturale: la società – la morale sociale – può dare luogo a obbligazioni e diritti morali, così come la legislazione produce diritti e obbligazioni legali¹⁵⁰. Mill sviluppa in questo caso un ragionamento che, come si è visto nel precedente paragrafo [1.1.8], secondo Hart era implicito – *pace* Bentham – nella stessa teoria benthamita.

La questione merita comunque di essere affrontata più rigorosamente. Si è visto anzitutto come la tradizione dei diritti naturali sia piuttosto ampia e diversificata. L'etichetta di diritti naturali può essere applicata ai diritti soggettivi teorizzati nel tardo medioevo, a partire da una lettura volontaristica e occamiana, oppure razionalistica e scolastica, della legge naturale. I diritti naturali si ritrovano nel giusnaturalismo «classico» di de Groot sotto forma di principi cardine di una legge naturale concepita in chiave realista e razionalistica. In quello di Hobbes, dove possiedono una carattere fortemente naturalistico e fondamentalmente anomico. E in quello di Locke, dove invece sono il fondamento stesso della normatività che il potere sovrano è chiamato a proteggere – partendo da una idea di legge naturale che oscilla pesantemente verso il volontarismo. Sono diritti naturali quelli elaborati nella tematizzazione dell'illuminismo scozzese, così come lo sono quelli

149J. S. Mill, *Use and abuse of political terms*, in *The collected works of John Stuart Mill*, Routledge and Kegan Paul, London 1974, vol. XVIII, p. 75.

150Ragionamento che Mill porta avanti in *Utilitarianism*, in *The collected works of John Stuart Mill*, Routledge and Kegan Paul, London 1974, vol. X. Argomentazioni analoghe, accompagnate da una critica dei diritti naturali che in ogni caso salva il discorso sui diritti morali, si ritrovano in D.G. Ritchie, *Natural rights. A criticism of some political and ethical conceptions*, Macmillan, New York 1903 e G.G. Vincent, *An explanation of moral rights. In a practical view of the subject and as opposed to the erroneous idea of natural rights*, Thomas Cadell, London 1830.

contenuti nella dichiarazioni settecentesche. Si parla di diritti naturali infine anche nella tradizione neo-tomista e nell'ambito esclusivamente linguistico del filone post-realista. Si tratta di concezioni assai diverse tra loro, con fondamenta normative, antropologiche, metaetiche e in alcuni casi anche teologiche piuttosto differenti tra loro. E si potrebbe raffinare ulteriormente questo corallo di teorie filosofiche se si volesse andare più nel dettaglio di quanto io abbia fatto. In ogni caso, come dovrebbe risultare evidente dalla panoramica precedente, accusare di cripto giusnaturalismo la tematizzazione sui diritti morali come si fa a volte senza specificare quali sono i termini di riferimento è soltanto un argomento retorico che nasconde una fallacia di vaghezza.

Quando non è questo il caso, forse l'accusa che si vuole muovere necessiterebbe di essere esplicitata meglio. Ognuna delle tante varianti delle teorie dei diritti naturali ha subito delle obiezioni. Forse quello che si vuole esprimere in questi casi è semplicemente uno di questi argomenti critici. Esistono alcune caratteristiche simili se non a tutte le concezioni di diritti naturali, almeno ad alcune, di modo che è possibile raggruppare questa categoria se non per una parentela essenziale di genere, almeno per una *somiglianza di famiglia* nel senso tecnico di questa espressione coniato da Wittgenstein. Partendo da questa considerazione, cercherò di esaminare adesso alcune delle obiezioni che si possono applicare alla nozione di diritti naturali – tenendo presente che queste obiezioni probabilmente non potranno mai applicarsi a *tutte* le varianti di questa famiglia di teorie. In questo modo potrò analizzare se questo genere di obiezioni possa applicarsi in maniera *preventiva* anche alle teorie riguardo ai diritti morali.

Anzitutto, buona parte delle teorie dei diritti naturali cerca di costruire una «legislazione parallela» che non solo convive a fianco della legislazione positiva – ma ne forma il criterio di validazione secondo il principio agostiniano per cui “non pare che possa esservi legge se questa non è giusta”¹⁵¹. Come sottolineato da Hare il concetto di diritti naturali, “come quello di legge naturale, risale a un tempo in cui legge e moralità non erano distinte così attentamente come per chiarezza dovrebbero essere”¹⁵². Ma non c'è alcun motivo pregiudiziale per cui una teoria dei diritti morali debba costituire una sorta di legislazione parallela¹⁵³. I diritti morali, anzitutto, come si è visto in apertura del capitolo, sono oggetti normativi che appartengono alla dimensione morale – e quindi non giuridica – della normatività. I diritti morali e le norme giuridiche afferendo a due campi diversi della normatività, non sono in grado di scontrarsi su un piano *logico* – e quindi di negarsi reciprocamente. Quello che può accadere piuttosto è che un diritto morale possa fornire dei criteri *morali* per giudicare una norma giuridica – sul modello delle ragioni proposto in precedenza

151 *De libero arbitrio*, I.5.xi.

152 R.M. Hare, *Moral Thinking. Its levels, method, and point*, Oxford University Press, Oxford 1981.

153 L'idea che i diritti morali aspirino necessariamente a una positivizzazione giuridica è affrontata estesamente e rigettata da Carl Wellman nel suo *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals*, Kluwer, Dordrecht 1997, pp. 117-26.

trattando del pregiudizio giuridico, ma questo non indica niente sul piano della validità della legge.

Più in generale poi, il campo dei diritti morali sembra essere più esteso di quello occupato dai diritti naturali. Normalmente i diritti naturali comprendono aspirazioni considerate basiche, universali e di ampio respiro. La gamma dei diritti morali è invece molto più variegata. Hart¹⁵⁴ ha diviso i diritti in diritti speciali e generali, laddove i primi nascono da qualche tipo di relazione tra agenti (i diritti che si vengono a creare con una promessa, un contratto, ecc. oppure quelli che nascono da relazioni morali particolari, come quella tra padre e figlio, tra medico e paziente, ecc.) e i secondi sono diritti a carattere universale posseduti da tutti gli uomini. Mentre entrambi i generi di diritti possono essere diritti morali¹⁵⁵, lo spazio dei diritti naturali si esaurisce solitamente a quello dei diritti generali. Se molti diritti generali possono essere visti come modelli o come ragioni per norme giuridiche di qualche tipo¹⁵⁶, è chiaro che il discorso si fa più sfilacciato a proposito dei diritti speciali. A questa osservazione si deve poi aggiungere che solo una parte dei diritti morali – così come solo una parte della morale – è passibile di essere positivizzata giuridicamente¹⁵⁷ – o addirittura è auspicabile che lo sia¹⁵⁸ – e che possono sussistere delle norme legali che non hanno a monte alcun diritto morale. Inoltre, una caratteristica essenziale dei diritti naturali è la loro esistenza pre-sociale: qualità questa non necessariamente connessa nella definizione di diritti morali. Tutte queste constatazioni dovrebbero mostrare quanto sia caricaturale e fuorviante l'idea che un insieme di diritti morali possa costituire una legislazione parallela «naturale» come forse vogliono alcuni dei sostenitori del pregiudizio giusnaturalistico¹⁵⁹.

154H.L.A. Hart, *Are there natural rights?*, op. cit. Sulla differenza tra diritti speciale e diritti generali vedi anche J.C. Parcero, *Derechos morales: concepto y relevancia*, “Isonomía” 15 (2001).

155Non trovo assolutamente sostenibile l'opinione che solo quest'ultima categoria di diritti possa essere chiamata morale, come sostenuto per esempio da Francisco Laporta, *Sobre el concepto de derechos humanos*, “Doxa: cuadernos de filosofía del derecho” 4 (1987). Si tratta questa di una sovrapposizione tra i diritti morali e i diritti umani, analoga a quella coi diritti naturali che stiamo qui trattando. Sul rapporto tra diritti morali e diritti umani, vedi il capitolo [6].

156Alcuni modelli di questa dinamica sono offerti da Carl Wellman, in *An approach to rights*, op. cit., pp. 40-1.

157Amartya Sen fa l'esempio per esempio del diritto di una moglie a prendere parte alle decisioni riguardo alla famiglia: un diritto sicuramente importante e inderogabile, ma che difficilmente potrebbe essere normato da un punto di vista giuridico (vedi A. Sen, *Legal and moral rights: old questions and new problems*, “Ratio Juris” 9-2 (1996), p. 155). Ma si potrebbero prendere anche altri esempi, come quelli contenuti in R. Brandt, *The concept of a moral right and its functions*, “Journal of Philosophy” 80 (1983), p. 29, J. Feinberg, *In defense of moral rights: their bare existence*, in J. Feinberg, *Freedom and fulfillment*, op. cit., pp. 210-2 e C. Wellman, *An approach to rights*, op. cit., pp. 118-9.

158Secondo qualche autore il diritto all'eutanasia è chiaramente un diritto morale, ma tale per cui non è auspicabile che se ne dia una positivizzazione: vedi per esempio E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Bari 1999 e Y. Kamisar, *Euthanasia legislation: some non-religious objections*, in A.B. Downing (a cura di), *Euthanasia and the right to death*, Peter Owen, London 1969. Queste tesi sono discusse da J. Feinberg, *An unpromising approach to the «right to die»*, “Ratio Juris” 4-2 (1991) ristampato in *Freedom and fulfillment*, op. cit.

159Questo ovviamente non significa che una data teoria sui diritti morali non possa rivendicare un ruolo da parte della propria riflessione nell'ambito di quelle che sono le ragioni a monte di un sistema giuridico. Teorie in cui la relazione tra l'ambito morale e quello giuridico è mediata dalla nozione di diritti morali sono per esempio quella di Dworkin (vedi in particolar modo il suo *Taking rights seriously. With a new appendix, a response to critics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978) e Feinberg (vedi il suo *In defense of moral rights: their constitutional relevance*, in *Freedom and fulfillment*, op. cit.).

Un'altra critica diffusa – che i diritti naturali siano connessi con un'antropologia che dipinge l'uomo come una creatura essenzialmente egoista – non merita di essere presa troppo in considerazione poiché eccessivamente generica. Se il riferimento è a Hobbes, si tratta di un giudizio sostanzialmente giusto: ma per Hobbes il problema è per l'appunto quello di superare il momento in cui gli individui dispongono pienamente dei propri diritti soggettivi. Per quanto riguarda gli altri teorici dei diritti naturali, buona parte di loro parte da un'antropologia in cui si mette in luce un certo grado di socievolezza – per quanto *insocievole* – della natura umana. I diritti – e qui mi riferisco anche ai diritti naturali – non sono necessariamente degli oggetti normativi connessi con una descrizione egoistica dei moventi umani.

Un altro «problema» dei diritti naturali che si vorrebbe accollare alla questione dei diritti morali è quello della loro giustificazione. Vaste regioni della tradizione dei diritti naturali portano con sé un carico ingombrante: la dottrina della legge naturale ha infatti avuto spesso una cornice teologica e teleologica. Tralasciando il fatto se questo possa dare luce sul serio a una critica, c'è da dire che in molti casi, come si è visto, la nozione di legge naturale può fare a meno di dio, declinandosi in una dimensione non teologica che oggi considereremmo una variante del «realismo morale»¹⁶⁰. Il problema di difendere una prospettiva realista è un problema serio – lo vedremo nel capitolo [4] – ma questo non significa che si debba preventivamente considerarlo impossibile o semplicemente intrattabile dalla discussione razionale: anche perché molte altre teorie normative, non soltanto quelle basate sui diritti naturali, si fondano su una qualche concezione realista.

Sempre a proposito di questo genere di critica è necessario accennare brevemente a un'idea diffusa: che qualsiasi oggetto normativo che faccia riferimento alla «natura», come i diritti naturali, sia concettualmente screditato¹⁶¹. Generalmente questo ostracismo si richiama all'argomento della «fallacia naturalistica». Riguardo a questo appello è da notare anzitutto che la fallacia naturalistica, definita da Moore nei suoi *Principia Ethica*¹⁶², non ha niente a che vedere – come è invece diventato un luogo comune filosofico – con la «legge di Hume», ovvero con la presunta impossibilità di derivare un «ought» da un «is»¹⁶³. Il significato che Moore dà alla fallacia naturalistica consiste invece nell'erroneo tentativo di definire un termine semplice, com'è per esempio «giallo», in riferimento ad altri termini, i quali possono essere magari *gialli*, ma non sono il *giallo*. Per ritenere giustificato questo genere di argomento in relazione all'etica bisogna però accettare l'idea mooreana

160Vedi per esempio J. Simmons, *The lockean theory of rights*, op. cit.

161Scrivo per esempio Norberto Bobbio: “nessuno si serve più della «natura» come di un buon argomento per legittimare la richiesta di un nuovo diritto o per giustificare la resistenza a una legge considerata ingiusta” (*Natura e diritto*, “Civiltà delle macchine” 4 (1974), p. 16).

162G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge 1903.

163Sulla questione vedi R. Joyce, *The evolution of morality*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2006, pp. 146-56. Interessante sebbene un po' datato è anche W.K. Frankena, *The naturalistic fallacy*, “Mind” 48 (1939) dove si analizzano vari significati di questo argomento e si evidenziano le sue premesse intuizioniste.

che il bene (o qualsiasi altra categoria morale che riteniamo centrale) sia indefinibile, nonché l'argomento di appoggio adoperato da Moore – l'*open question argument*. Dubito che molti tra quegli autori che amano adoperare la fallacia naturalistica come una ghigliottina per troncare ogni discussione sul nascere siano preparati ad accogliere queste tesi. Il riferimento che probabilmente si vuole compiere in questi casi è piuttosto alla «legge di Hume». Tralasciando il dettaglio – per quanto importante – di quale fosse realmente il significato dato da Hume al passaggio in cui si è soliti trovare attestata questa legge¹⁶⁴, il problema diventa in questo caso molto più complesso, poiché riguarda la fondazione stessa di ogni normatività morale. La medesima questione del resto si ripropone per la fallacia naturalistica nel suo significato originario mooreano: nonostante l'infelice appellativo di «naturalistica», il filosofo cantabrigese applicava questo argomento critico anche contro le morali metafisiche¹⁶⁵ – attaccando, di fatto, tutte le etiche non intuizionistiche che definiscono il bene diversamente da una proprietà semplice.

Il problema della giustificazione è insomma un problema che affligge tutte le tradizioni morali, e non solo quella che fa a capo ai diritti naturali. Ma non è tanto questo che mi preme discutere. Anche accettando l'idea che i diritti naturali implicino un «pesante bagaglio» giustificatorio, da qui non si può affatto procedere affermando che lo stesso accade anche per i diritti morali. Questa nozione non è connessa necessariamente con teorie giustificatorie predeterminate. Esso è, da un punto di vista formale, epistemologicamente e ontologicamente neutrale. Il problema della sua giustificazione non sarà a sua volta neutrale, ma questo è un problema che – per l'appunto – coinvolge ogni oggetto normativo. Le teorie dei diritti naturali, da questo punto di vista non sono altro che declinazioni particolari delle teorie possibili riguardo ai diritti morali¹⁶⁶, non viceversa. E ciò prova che i diritti morali non un nuovo cappotto per un vecchio manichino.

164Si tratta dell'ultimo capoverso di D. Hume, *A treatise of human nature*, in *The philosophical works*, op. cit., vol. I, III.1.i.

165Per Moore le etiche degli stoici, di Spinoza e di Kant – tutte a suo giudizio etiche metafisiche in quanto dipendenti da una realtà soprasensibile – cadono comunque nella fallacia naturalistica: vedi G.E. Moore, *Principia Ethica*, op. cit., pp. 164-5.

166Sulla questione vedi S.I. Benn & R.S. Peters, *The principles of political thought. Social foundations of the democratic state*, Macmillan, New York 1959, pp. 113-6.

2. *La struttura normativa dei diritti*

Scendiamo dalla giostra, e dalle vertigini della storia delle idee ritorniamo alla quotidianità dell'analisi concettuale. In questo capitolo indagherò la struttura normativa dei diritti adottando un approccio principalmente formale. Lo scopo di questa operazione è duplice.

In prima istanza permetterà di capire, attraverso l'analisi dello stato dell'arte degli studi sulla sintassi normativa dei diritti, quali sono i vari significati che si associano in ambito pratico a questa nozione. In questo modo sarà possibile entrare nel dettaglio delle diverse funzionalità associate al linguaggio dei diritti.

In seconda istanza permetterà di affrontare il «pregiudizio deontologico». Come ho accennato in precedenza, secondo alcuni critici il linguaggio dei diritti sarebbe traducibile interamente nel linguaggio dei doveri, e non esprimerebbe alcun contenuto autonomo e originale. Per dirla con le parole spesso citate di Howard Warrander, i diritti sarebbero “soltanto le ombre proiettate dai doveri”¹⁶⁷. Partendo di qui niente vieterebbe, se non forse una qualche comprensibile pigrizia lessicale, di eliminare tramite parafrasi la nozione di diritti da nostro vocabolario pratico.

Gli argomenti alla base di questa posizione sono svariati, ma possono essere schematizzati nella connessione tra queste tre tesi generali:

- (i). Diritti e doveri sono relati: laddove vi è un diritto, vi è anche un dovere.
- (ii). La relazione stabilita dalla tesi (i) è una relazione definitoria speculare: il concetto di diritti può essere definito tramite quello di doveri, e viceversa.
- (iii). È impossibile fare a meno in ambito pratico della nozione di dovere, mentre invece non c'è alcuna necessità fondamentale di adoperare quella di diritti.

Osservando queste tre affermazioni può sorgere qualche perplessità: sembra strano che si possa, infatti, sostenere *assieme* (ii) e (iii). La tesi (ii) implica che vi sia simmetria tra diritti e doveri, quella (iii) che vi sia un'asimmetria. Una sensazione però non è una confutazione, e, prima di saltare alle conclusioni, è necessario definire con precisione la questione rifiutando di prendere uno schema del problema per il problema stesso. In particolare, la tesi (i) necessita di essere esplicitata meglio per capire come intendere le due successive – e tutta la prima parte di questo capitolo sarà dedicata a questo compito. La disinvoltura con cui si dà per scontato che sia chiaro ciò di cui stiamo discutendo parlando di *correlazione* tra diritti e doveri e di possibilità di ridurre i primi ai secondi è

167H. Warrander, *The political philosophy of Hobbes*, Clarendon, Oxford 1950, p. 19.

la causa per cui il dibattito sulle funzioni normative dei diritti è spesso confuso e oscuro.

2.1 Diritti e doveri

Che i diritti siano collegati in qualche maniera coi doveri è piuttosto palese. Ma questa connessione può essere di vari generi, e non è chiaro né quale sia quella essenziale, né se essa possa condurre a un processo di riduzione.

Un primo genere di collegamento che può venire in mente si ritrova in una tesi spesso affermata: quella secondo cui l'adempimento di determinati doveri è un requisito fondamentale per avere determinati diritti¹⁶⁸. In questo modo è indicata una relazione di priorità concettuale e temporale dei doveri sui diritti: questi ultimi sarebbero dei beni cui il soggetto ha accesso previo uno «scambio» sociale con prestazioni specifiche. Ma va da sé che, appetibile o no, questa tesi, sebbene stabilisca una priorità, non implica alcuna riduzione del linguaggio dei primi a quello dei secondi.

Un secondo genere di collegamento può essere individuato nella struttura formale stessa di un dovere. Questo deve infatti essere accompagnato da un diritto che sancisca la possibilità di esercitare l'atto considerato doveroso, proteggendo dall'interferenza altrui lo spazio di libertà richiesto¹⁶⁹. Ma anche in questo caso è del tutto evidente che la connessione che si sta descrivendo non implica affatto un'eventuale riduzione. Il problema deve essere quindi altrove.

È risiede, infatti, nel terzo genere di rapporto che i diritti intrattengono coi doveri. Si dice spesso che diritti e doveri sono nozioni *correlate*. La formulazione analitica di questa tesi è assai precoce. La si può ritrovare chiaramente esplicitata, in una delle sue possibili versioni, già negli *Institutes of natural law* di Thomas Rutherford, commento a de Groot del 1754:

“Obbligazione e diritto sono termini correlati. Laddove una qualsiasi persona abbia un diritto, qualcun altro o più persone sono sotto una obbligazione corrispondente a quel diritto: e, all'opposto, laddove una persona abbia un'obbligazione, qualcun'altra persona o persone hanno un diritto corrispondente a quell'obbligazione.”¹⁷⁰

Questo genere particolare di collegamento è comunemente rubricato sotto l'etichetta di *assioma di correlazione tra diritti e doveri*, ed è stato probabilmente affermato con forza per la prima volta da Samuel Pufendorf¹⁷¹. Nonostante sia riconosciuto dalla quasi integrità della letteratura filosofica sui diritti, raramente il suo significato e le sue conseguenze sono specificate in maniera altrettanto

168Questo principio è discusso, per esempio, da W.D. Ross, *The right and the good*, Clarendon, Oxford 1930, pp. 54-6 e da S.I. Benn & R.S. Peters, *The principles of political thought*, op. cit., pp. 102-3.

169È in questo senso che bisogna leggere uno dei lati della connessione tra diritti e doveri illustrata da Francis Herbert Bradley nel suo *Ethical studies*, Clarendon, Oxford 1927.

170T. Rutherford, *Institutes of natural law*, op. cit., p. 16.

171Vedi a proposito R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., pp. 159-61. Sull'argomento può risultare utile anche F. Fagiani, *Etica e teorie dei diritti*, in C.A. Viano (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino 1990. Una problematizzazione di questa tesi, la quale, sebbene accettata, è specificata ulteriormente, si trova in K. Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, op. cit., p. 41.

puntuale. Ancora più rari sono gli elementi d'accordo tra i tentativi di andare a fondo nella specificazione.

Ma è qui che si concentra una delle aree critiche più importanti riguardo alla nozione di diritti. Non solo perché l'assioma è una premessa centrale nell'argomento riduzionista del pregiudizio deontologico, ma anche perché il modo in cui esso è formulato definisce di fatto il rapporto tra i diritti e gli elementi prescrittivi di una teoria normativa – definendo così le funzioni principali di questa nozione all'interno della teoria stessa. In particolare, l'assioma può essere impugnato per difendere l'importanza normativa dei diritti, per escludere determinati attori morali dal novero dei titolari di diritti, per affermare la subordinazione della nozione dei diritti a quella dei doveri, o per mostrare la superfluità concettuale del linguaggio dei diritti. In questa serie di paragrafi mi occuperò di ritagliare una definizione provvisoria dell'assioma di correlazione che possa dare avvio alla discussione. Prima di procedere però metterò in chiaro un'importante precisazione terminologica che ho adoperato fin qui implicitamente, e che continuerò a impiegare dopo averne mostrato le ragioni in tutto il resto del lavoro.

2.1.1 Doveri, obblighi, ought

Questa specificazione terminologica riguarda il modo di adoperare tre importanti termini del nostro lessico morale: quello di *dovere* [*duty*], quello di *obbligo* o di *obbligazione* [*obligation*], e quello di *dovrei*¹⁷² [*ought*]. Alcuni autori li ritengono espressione di un unico significato di fondo¹⁷³. Altri invece hanno proposto diversi metodi per distinguerli. Uno particolarmente fortunato è quello avanzato dall'idealista britannico Francis Herbert Bradley¹⁷⁴, il quale dava a «dovere» un significato tecnico particolare – lo associava, ovvero, a quelle responsabilità e comportamenti prescritti da una carica, ufficio o condizione – e impiegava invece «obbligo» come un termine normativo generico¹⁷⁵. Dopo Bradley numerosi altri autori hanno seguito questa strada, collegando «dovere» alla nozione di ruolo sociale, e specificando in maniera diversa il significato di «obbligo» e di «dovrei»¹⁷⁶. «*Ought*» in particolare è stato spesso considerato un termine piuttosto debole, in grado di esprimere una semplice raccomandazione, il contenuto di qualcosa che *dovrebbe essere* ma non è detto *che*

172Le traduzioni in Italiano di questo termine si indirizzano generalmente su «obbligo», «obbligazione» o «dovere», senza tenere di conto il fatto che queste parole hanno già un equivalente diverso da *ought* nella lingua Inglese, e che letteralmente «X ought to do φ» andrebbe tradotto come «X *dovrebbe* fare φ».

173Per esempio, G.E. Moore, *Principia ethica*, op. cit.

174F.H. Bradley, *Ethical studies*, op cit., V.

175Si può riconoscere in questa distinzione terminologica un tentativo di ricondurre *duty* ai significati tecnici del tedesco *Pflicht*, e *obligation* a quelli di *Sollen*. Per una analisi di questo tipo vedi L. Fonnesu, *Dovere*, op. cit.

176Vedi per esempio J.K. Mish'alani, «*Duty*», «*obligation*» and «*ought*», “*Analysis*” 30-2 (1969); H.L.A. Hart, *Are there any natural rights?*, op. cit., e *Legal and moral obligation*, in A.I. Melden (a cura di), *Essays in moral philosophy*, University of Washington Press, Seattle 1958; A. White, *Rights*, Clarendon, Oxford 1984, III, IV e V.

sia. Due autori, Warnock¹⁷⁷ e Feinberg¹⁷⁸ hanno distinto in particolare «dovrei» da «obbligo» riguardo alla diversa specificità e generalità implicata dai due concetti. Secondo un esempio di Warnock, infatti, dovrei [*I ought*] accostare la macchina alla strada e dare un passaggio a quell'autostoppista, ma certamente non ho l'obbligo di farlo. Altre proposte per distinguere «ought» da «obligation» hanno fatto riferimento alla diversa forza della prescrizione espressa da questi termini¹⁷⁹, oppure nel fatto che la prima non sarebbe, a differenza della seconda, una nozione direzionata¹⁸⁰. Altri autori ancora hanno sottolineato la necessità di distinguere la categoria di obbligazione da quella di «sbagliato non farlo» aggiungendo quindi un quarto termine alla lista¹⁸¹.

Tutte queste distinzioni, sebbene plausibili, portano alla luce un certo limite del metodo dell'analisi filosofica del linguaggio. Non vi è chiaramente un unico senso fissato di questi termini che è possibile «scoprire» tramite l'osservazione del loro uso, ed è inoltre difficile pensare che se anche questo ci fosse allora potrebbe testimoniare un fatto generale estendibile oltre i confini di una data lingua positiva – in questo caso specifico, l'inglese – e della comunità che ne fa uso. Sebbene possa costituire un valido punto di partenza, la descrizione dell'uso linguistico non può essere considerato prescrittiva rispetto all'uso che filosoficamente decidiamo di farne, soprattutto in casi come questo dove non vi è affatto un accordo chiaro su quali siano i perimetri comuni e accertati di questo uso. La questione di una differenza filosoficamente significativa di questi termini, per farla breve, non può quindi che essere stipulatoria e ancorata nel contesto della teoria generale in cui questa è accolta¹⁸².

Ed è proprio per una necessità strumentale di questo tipo che proporrò anche io una definizione di questi termini, senza aver la pretesa che questa rispecchi un qualche senso «profondo» od «originario»: la sua necessità dipende esclusivamente da un'esigenza di chiarezza e rigore nel distinguere un senso di obbligatorietà semplice connesso al piano di quello che ho chiamato «carattere della norma»¹⁸³, rispetto a uno più complesso collegato al piano delle ragioni e delle motivazioni. Adopererò pertanto *obbligo* e *obbligazione* in maniera intercambiabile al fine di indicare l'elemento normativo primitivo annotato nella logica deontica standard con *OA*, ovvero il semplice e non ulteriormente specificato obbligo di fare *A*. *Obbligatorio* sarà il carattere di un'azione riferito a questo senso minimo di obbligo od obbligazione. Adopererò invece *dovere* in un

177G.J. Warnock, *The object of morality*, op. cit., VI.

178J. Feinberg, *Supererogation and rules*, "Ethics" 71-5 (1961).

179Fortissimo nel caso di «duty», medio in quello di «obligation» e debole per quanto riguarda «ought»: vedi a proposito R. Hare, *Moral thinking*, op. cit., p. 152.

180La proposta è stata avanzata da J.J. Thomson, *The realm of rights*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990, pp. 61-63.

181R. Brandt, *The concept of obligation and duty*, "Mind" 73-291 (1964).

182Su questo punto vedi M.J. Zimmerman, *The concept of moral obligation*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, pp. 9-10.

183Vedi il paragrafo [1.1.2].

senso più generale rispetto a obbligo od obbligazione. Il contenuto di un dovere sarà necessariamente un obbligo, ma, rispetto a questo termine, il concetto di dovere conterrà un'eccedenza significativa: con esso si potrà di volta in volta intendere quello che ho definito essere una *norma*, una *ragione*, un *principio*, addirittura un *motivo*. Nelle pagine che seguono avrò modo di introdurre tipologie particolari di dovere, dove le sfaccettature di questo termine acquisiranno caratteristiche distintive peculiari: parlerò per esempio di «doveri non direzionati», «doveri hohfeldiani», «doveri axiotici», ecc. Quando il termine non sarà accompagnato da questo genere di specificazioni ulteriori esso dovrà però essere considerato in maniera generale.

2.1.2 Che cosa significa correlazione?

Entriamo adesso nel problema di questa prima parte di capitolo. Che cosa si intende con quel termine «correlazione» che compare nell'assioma introdotto in precedenza per spiegare il rapporto tra diritti e doveri? La difficoltà principale delle discussioni su questo principio normativo angolare del linguaggio dei diritti risiede quasi tutta qui. Si tratta di un problema serio, perché senza una chiara definizione di «correlazione» il dibattito finisce per trasformarsi in un litigio tra sordi.

Nel senso comune del termine, una correlazione, intesa per comodità come relazione binaria, è un fenomeno che si verifica tra due variabili quando, a ciascun valore della prima, corrisponde in maniera regolare un dato valore della seconda. Se anche per ciascun valore della seconda corrisponde regolarmente quel dato valore della prima, allora siamo di fronte a una correlazione *biunivoca*. Altrimenti, la correlazione è solamente *univoca*. Attestare una correlazione significa di per sé attestare un fatto *causalmente neutro*: la regolarità è solamente registrata da una correlazione, e non spiegata.

Possiamo circoscrivere l'estensione di questa definizione adattandola al nostro problema specifico che è più ristretto, e proporre così una definizione *provvisoria* dell'assioma di correlazione da adoperare fintantoché non sia possibile giungere a conclusioni più precise. Il contenuto di questa definizione provvisoria si baserà sul fatto minimo registrato da una correlazione: la compresenza. In questo modo, la correlazione tra diritti e doveri sarà una correlazione tra due variabili con soltanto due valori possibili – tra termini ovvero che possono *darsi*, oppure *non darsi*. Così, se X è correlato con Y, quando Y si dà deve darsi anche X, e se la loro correlazione è biunivoca, quando si dà X si deve dare anche Y.

Come si è detto la correlazione registra una regolarità senza spiegarci il perché avvenga. Il *significato* di una correlazione è quindi un fatto indipendente, che necessita di essere indagato a parte. Le correlazioni, di per sé, possono semplicemente indicare delle coincidenze. Pure, quando si parla di concetti correlati e non di enti naturali o di variabili che si riferiscono a questi, sembra

pacifico che la correlazione indichi una *implicazione semplice* di qualche tipo, e che non possa quindi essere accidentale. Constatata la presenza di una implicazione in questo caso¹⁸⁴, del resto, non sembra aggiungere grandi elementi di novità alla nostra comprensione del legame tra diritti e doveri¹⁸⁵.

2.1.3 Correlazione biunivoca e correlazione univoca

Per giungere alla nostra definizione provvisoria dell'assioma di correlazione restringiamo ulteriormente il campo delle possibilità che abbiamo di fronte. I modi in cui diritti e doveri possono correlare secondo la definizione data nel paragrafo precedente di correlazione – e quindi la quantità di significati che può assumere l'assioma di correlazione provvisorio – sono almeno quattro, come è stato notato in passato da William David Ross¹⁸⁶.

- (i). Un diritto di A nei confronti di B correla con un dovere di B nei confronti di A.
- (ii). Un dovere di B nei confronti di A correla con un diritto di A nei confronti di B.
- (iii). Un diritto di A nei confronti di B correla con un dovere di A nei confronti di B.
- (iv). Un dovere di A nei confronti di B correla con un diritto di A nei confronti di B.

Ross sostiene che il genere di correlazione (i) è indiscutibilmente vero: e partendo da questo dato, analizza i successivi.

La quarta forma, secondo Ross, non esprime una relazione necessaria: dal momento che si possono avere doveri diretti nei confronti di soggetti (od oggetti) che non sono *agenti morali* e che quindi non possono avere a loro volta doveri, e dato che abbiamo accettato (i), non è vero che necessariamente si dia una relazione correlativa tra un dovere di A verso B e un diritto di A verso B: altrimenti dovremmo accettare che questi soggetti (od oggetti) abbiano dei doveri – e siano quindi agenti morali. Per lo stesso motivo, fa notare Ross, accettato (i), possiamo accettare contemporaneamente soltanto una tra (ii) e (iii) – oppure nessuna. Il significato (iii) non sembra essere rilevante alla nostra discussione, poiché non pare esprimere una conseguenza necessaria – sembra piuttosto ricadere in quel genere di connessione tra diritti e doveri che si è visto nel paragrafo [2.1] e che esula dal significato stretto posseduto dall'assioma di correlazione¹⁸⁷.

184Autori che intendono chiaramente la correlazione come implicazione sono W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit.; J. Donnelly, *How are rights and duties correlatives?* “Journal of Value Inquiry” 16-4 (1982); L. Wenar, *The nature of rights*, “Philosophy & Public Affairs” 33 (2005).

185Pure, c'è stato chi ha contestato questo punto. Seguendo questa strada però non si finisce per contestare un particolare significato della correlazione, quanto l'assioma di correlazione stesso. Per esempi di contestazioni di questo genere vedi R. Harré & D. Robinson, *On the primacy of duties*, “Philosophy” 70 (1995).

186W.D. Ross, *The right and the good*, p. 48.

187Come nota Jack Donnelly (*How are rights and duties correlatives?*, op. cit.) la scelta di (iii) come significativa per

Rimangono quindi tre opzioni in campo per definire il contenuto dell'assioma di correlazione. La prima si basa sulla congiunzione dei significati (i) e (ii) e si traduce in quella versione dell'assioma di correlazione che è solitamente definita *biunivoca*.

- *Assioma di correlazione provvisorio biunivoco*: se si dà un diritto di φ , allora si dà un dovere di φ . E se si dà un dovere di φ , allora si dà un diritto di φ .

Se invece per un qualsiasi motivo dovessimo accettare soltanto (i) oppure soltanto (ii) saremmo di fronte a una versione dell'assioma di correlazione che potremmo definire *univoca*.

- *Assioma di correlazione provvisorio univoco (1)*: se si dà un diritto di φ , allora si dà un dovere di φ .
- *Assioma di correlazione provvisorio univoco (2)*: se si dà un dovere di φ , allora si dà un diritto di φ .

È da notare che accettando contro Ross esclusivamente (ii) e accogliendo la definizione provvisoria univoca (2), il significato (iv) non è più inconsistente partendo dalla nozione di agente morale e dal significato (i) dell'assioma, poiché quest'ultimo non è più accolto. Ma abbiamo comunque valide ragioni per rifiutare (iv), poiché di là della sua plausibilità formale, dal punto di vista pratico esso esprime una connessione che non sembra avere né una necessità generale pratica, né una validità universale.

Come decidere tra le tre varianti precedenti? C'è un modo per verificare subito la validità delle tre versioni della definizione provvisoria dell'assioma. La versione biunivoca è invalidata se si danno doveri senza diritti, o diritti senza doveri. La versione univoca (1) è invalidata se si danno diritti senza doveri. La versione univoca (2) è invalidata, invece, se si danno doveri senza diritti. Testiamo la plausibilità *prima facie* di queste ipotesi, partendo dalla seconda.

2.1.4 Doveri senza diritti

Ross al termine della sua discussione rifiuta di accogliere il significato (ii), scartando in questo modo la definizione biunivoca dell'assioma. Non è solo in questa scelta: e, in effetti, vi sono molti

esprimere il contenuto dell'assioma di correlazione è la meno comune, perché non è chiaro, di là della sua specificazione formale, quale potrebbe essere la sua applicazione pratica: se c'è, essa è periferica rispetto al discorso dei diritti così come è solitamente portato avanti. Per una discussione di questa tesi vedi J. Feinberg, *Social philosophy*, Prentice Hall, Englewood Cliff 1973, pp. 61-66.

argomenti a suo favore¹⁸⁸. Questi stessi argomenti andando contro (ii) vanno di fatto anche contro la definizione provvisoria univoca (2).

Il primo argomento a proposito che balza all'attenzione riguarda i doveri verso se stessi. Se infatti ammettiamo nel nostro orizzonte morale doveri di questo genere, diventa difficile sostenere coerentemente (ii): appare quantomeno curioso sostenere che si possano avere «diritti contro se stessi»¹⁸⁹.

Un secondo argomento contrario chiama in causa alcune tipologie di istituzioni o di rapporti tra le persone che sembrano generare degli obblighi, ma difficilmente dei diritti. Un caso immediato cui pensare è l'amicizia, e in generale tutti i rapporti di affezione stretta. In questo genere di legami, esistono certamente degli obblighi, ma sembra difficile tradurre questi nel linguaggio dei diritti. Ciò per almeno due ragioni.

“Che senso ha l'amicizia se non ne puoi abusare”, si chiede Corto Maltese ne *La casa dorata di Samarcanda*, e con questa battuta potremmo dire aver risolto la questione. Procedendo più rigorosamente, però, potremmo sostenere questo argomento dividendo in due classi i doveri che si hanno nei confronti di un amico. Da una parte ci sono quelli che si hanno nei suoi confronti *a prescindere* dal nostro rapporto d'amicizia. Dall'altra, quei doveri che si hanno nei suoi confronti in qualità di amico. Si tratta di due tipologie di doveri diversi. I secondi, a differenza dei primi, non contengono alcun tipo di doveri generalmente catalogati come di giustizia. Non saranno doveri universali – sempre a differenza dei primi. Si tratterà inoltre di doveri liberamente scelti dal soggetto: uno dei caratteri fondanti dell'amicizia è quello di essere *disinteressata*. Questi doveri saranno infine importanti, anche pesanti a volte, ma comunque *informali*, poiché non strettamente riconducibili a forme precise di definizione.

Doveri di quest'ultimo genere non correlano con diritti. Se un mio amico viola uno dei suoi doveri nei miei confronti sicuramente tradisce – se si tratta di una grave mancanza – la mia amicizia, ma non si può certo dire che abbia violato un mio diritto. E se viola uno dei doveri che ha nei miei confronti come nei confronti di tutti, mi ferisce due volte, come amico e come persona, ma viola un mio diritto una volta, non due. È per questo che a volte si può perdonare un amico che ha commesso un torto nei nostri confronti, senza per questo che sia possibile ricomporre l'amicizia.

188La correlazione biunivoca ha comunque diversi sostenitori anche di fuori dell'ambito giuridico (per questo vedi la successiva nota 39): per esempio S.I. Benn & R.S. Peters, *The principles of political thought*, op. cit.; J. Fieser, *The correlativity of duties and rights*, “International Journal of Applied Philosophy” 7 (1992); M.H. Kramer, *Rights without trimmings*, in M.H. Kramer & N. Simmonds & H. Steiner, *A debate over rights*, Clarendon, Oxford (1998).

189Anche Bentham, come sempre molto rigoroso, riconosce questo fatto, nonostante la sua tesi generale riguardo alla correlatività a volte sembri tendere verso la definizione biunivoca. Vedi *The limits of jurisprudence defined*, op. cit., p. 317 e *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 1110. In *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, p. 394, Bentham accenna a un'altra classe di doveri che non sono correlati coi diritti: doveri che chiama “puri” o “spogli”.

La seconda ragione cui accennavo è che l'amicizia forma una comunità diversa e particolare rispetto a quella formata dalla società: una comunità i cui legami sono forse i più forti in assoluto¹⁹⁰. Come ha sostenuto Michael Sandel¹⁹¹, in comunità strettamente legate come quelle dell'amicizia o anche della famiglia le considerazioni di giustizia basate sui diritti non sembrano essere applicabili in maniera fruttuosa. Non paiono proprio essere in grado di raggiungere gli scopi richiesti: i meccanismi che mettono in moto producono una sinergia negativa con quelli «organici» della generosità spontanea e del disinteresse che sono connessi con queste tipologie di rapporti. Un caso analogo si ha nell'amore: la critica che Hegel porta avanti nei confronti di Kant a proposito del matrimonio¹⁹² coglie l'impossibilità di ridurre a elementi formali questo genere di relazione. Il linguaggio dei diritti si eclissa laddove compaiono rapporti eticamente spessi, universali solo nella forma ma non nei contenuti, per ricomparire allorché le determinazioni fondanti di questo genere di rapporti si affievoliscono e vengono meno: e questo spiega perché, sebbene le fondamenta dell'idea di matrimonio o di amicizia non siano riconducibili allo scambio contrattualistico tra diritti, questi riemergono prepotentemente quando per qualche ragione i vincoli alla base di questi tipi di relazione siano sciolti¹⁹³.

Alcuni teorici e difensori dei diritti, come Michael J. Meyer e Tara Smith, hanno cercato di problematizzare questo modo di vedere l'amicizia come un luogo dove i diritti sono posti fuori dello spazio normativo¹⁹⁴. Di là di quello che può essere la riuscita o no di questi tentativi – a mio avviso infruttuosi – la vera questione risiede attorno a ciò che ha spinto questi autori a costruire descrizioni dell'amicizia come di un rapporto passibile di essere normato dai diritti. La spinta sorge, infatti, dal desiderio di difendere l'approccio *right-based* da un'insieme di critiche provenienti dal campo comunitarista e da certo femminismo. Ma è un desiderio che fraintende sia il ruolo dei diritti all'interno della morale, sia quello di questi rapporti eticamente spessi. Da una parte, infatti, non è necessario, per difendere la validità di un concetto normativo, estenderlo in maniera imperialista a

190John Finnis ha definito l'amicizia “la forma più intensa di comunità” (*Natural law and natural rights*, op. cit., p. 141).

191M. Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982, pp. 30-32.

Sull'argomento vedi anche C. Gilligan, *In a different voice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1982.

192Vedi G.F.W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Gesammelte Werke*, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2010, vol. XIV, § 75 A. Le tesi kantiane sul matrimonio si trovano in I. Kant, *Metaphysik der Sitten – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in *Gesammelte Schriften*, op. cit., vol. VI, § 24.

193A proposito di questa caratteristica del linguaggio dei diritti è a mio avviso molto interessante J. Waldron, *When justice replaces affection: the need for rights*, “Harvard Journal of Law & Policy” 11-3 (1988), dove si tenta una terza via tra le proposte di Hegel e Kant. Riguardo al ritirarsi del linguaggio dei diritti da questo genere di rapporti – e al loro riemergere quando il rapporto è in crisi – Waldron scrive: “affermare i propri diritti significa distanziarsi da coloro contro cui la rivendicazione è posta (...), è riconoscere che legami più intimi come la parentela, l'affetto e la familiarità non valgono più” (p. 628).

194Vedi, per esempio, M.J. Meyers, *Rights between friends*, “The Journal of Philosophy” 89-9 (1992) e T. Smith, *Rights, friends and egoism*, “The Journal of philosophy” 90-3 (1993). Sull'argomento vedi anche G. Rainbolt, *The concept of rights*, Springer, Dordrecht 2006, p. 151 e N. Badhwar, *Friendship, justice, and supererogation*, “American Philosophical Quarterly” 22 (1985).

tutti gli ambiti della morale. L'impresa è chiaramente impossibile, e il risultato è che per rendere il concetto appetibile per tutti i palati lo si annacqua fino a che non ha più un sapore. Dall'altra parte non è praticabile, ma soprattutto auspicabile, esportare i meccanismi normativi alla base dell'amicizia o dell'amore fuori dei loro confini naturali e farne i modelli per forme più complesse di società: e questo significa che non c'è nulla da temere sul fronte delle teorie *right-based* se qualcuno fa notare che i diritti sono un concetto incapace di funzionare nelle relazioni amicali, perché questo non significa che non siano un concetto capace di funzionare *tout court*.

Un altro ambito in cui è spesso stato notato che vi sono doveri senza però che si ritrovino diritti è quello dei *doveri non direzionati*, come per esempio il dovere di carità. I doveri non direzionati possono, infatti, essere definiti come doveri *riguardo a* qualcosa o qualcuno, ma non come doveri *verso* qualcosa o qualcuno¹⁹⁵. Si può quindi essere obbligati a spartire parte delle proprie fortune con chi è in difficoltà, ma non è detto che questo qualcuno abbia un volto determinato, e ancora meno che abbia dei diritti a riguardo.

Un'ampia categoria di doveri non direzionati – che quindi non correlano con diritti – sono quelli connessi con l'istituzione del *dono*. Un dovere di questo genere particolarmente stravagante – perché residuo della vecchia ideologia che vuole la scienza un'attività pura e disinteressata – è il dovere da parte degli accademici di pubblicare su riviste specializzate a titolo gratuito affinché il loro lavoro sia ritenuto *scientifico*¹⁹⁶. Per quanto riguarda invece le cosiddette società del dono¹⁹⁷, è vero che la struttura normativa alla loro base prevede, oltre al dovere di regalare e a quello di accettare il regalo, anche quello di reciprocare, e che a volte si possa leggere accanto a quest'ultimo un diritto a essere reciprocati. Ma è altrettanto vero che in alcune delle numerose varianti di queste società la cosa realmente importante è che il dono *circoli*¹⁹⁸, più che sia reciprocato al donatore originale: una pratica questa che manda in cortocircuito la struttura normativa dei diritti.

E quello del dono non è l'unico sistema di doveri in grado di sussistere senza diritti. Il concetto di *merito ricompensato*¹⁹⁹ [*desert*] è un altro tipo di nozione normativa sulla quale è possibile ricavare un sistema deontico senza diritti. L'ambiguità su cui si regge questa nozione è su scala morale la stessa su cui si basa l'istituzione della mancia: si dovrebbe lasciare un extra sul conto a un bravo cameriere, ma non si può certo dire che questo – nonostante le sue legittime aspettative – ne abbia diritto, anche se se lo merita.

195 Su questa distinzione vedi M.J. Zimmerman, *The concept of moral obligation*, op. cit., p. 7.

196 W.O. Hagstrom, *The scientific community*, Basic Books, New York, 1965, pp. 12-23.

197 Vedi oltre a M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, "Anne Sociologique" (1923-1924) anche M. Sahlins, *Stone age economics*, Aldine, New York 1972, e L. Hyde, *The gift: Imagination and the erotic life of property*, Random House, New York 1979.

198 Per esempio, L. Hyde, *The gift*, op. cit., V.

199 Per una caratterizzazione più approfondita della questione vedi J. Feinberg, *The nature and value of rights*, "The Journal of Value Inquiry" 4 (1973).

Anche l'ambito della normatività giuridica sembra prevedere la possibilità di sistemi di doveri privi di diritti correlati. Come si è accennato ricostruendo la genesi del diritto soggettivo, la maggior parte degli storici delle idee è concorde nell'affermare che il diritto romano fosse concepito alla sua origine come un sistema di doveri non correlati con diritti nel senso moderno del termine: “questi bambini mostruosi”, nella divertente ma non lusinghiera definizione di Villey²⁰⁰, entrano nel dibattito giuridico al più presto agli esordi del lungo autunno del medioevo. Questo genere di ragionamento è ambiguo, come si è visto nel capitolo [1], perché adopera un significato di diritti più esteso di quello meramente formale – un significato che fa riferimento, ovvero, a facoltà e poteri del soggetto, e non ai semplici correlati di un'obbligazione. Meno equivoco è l'esempio che si può trarre da un altro codice normativo: il Decalogo, il quale è, secondo alcuni autori²⁰¹, un esempio lampante di regola normativa composta da doveri non correlati con diritti. Nel Decalogo, infatti, il male connesso con un'azione ingiusta deriva dal contenuto stesso dell'azione, e non direttamente dal fatto di aver commesso un torto nei confronti di qualcuno.

Più nel dettaglio, secondo alcuni autori come Hart²⁰², Wellman²⁰³ e White²⁰⁴ i doveri legali che sono implicati dal diritto penale non hanno chiaramente un diritto correlato (qual è il diritto correlato al dovere di non stampare cartamoneta falsa?), sebbene questa conclusione non sia stata considerata del tutto pacifica²⁰⁵. Esempi meno contestabili sono quelli riguardanti doveri chiaramente privi di un titolare: i doveri di pagare le tasse, o di svolgere il servizio militare, o quello da parte di un giudice di emettere una sentenza²⁰⁶.

2.1.5 Diritti senza doveri?

Se quindi può sembrare *prima facie* plausibile che si diano doveri non accompagnati da diritti – e che quindi ci siano delle difficoltà nel sostenere l'assioma nella sua versione biunivoca o in quella

200M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, op. cit., p. 127.

201Vedi per esempio H.L.A. Hart, *Are there any natural rights?*, op. cit., p. 57, C. Wellman, *An approach to rights*, op. cit., p. 3 e K.R. Minogue, *Natural rights, ideology and the game of life*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, p. 18. Il Decalogo è un sistema normativo dove vige il monopolio dei diritti da parte di un sovrano ideale: su questa nozione, vedi[2.3.1].

202H.L.A. Hart, *Bentham on legal rights*, in A.W.B. Simpson (a cura di), *Oxford essays in jurisprudence*, Clarendon, Oxford 1973.

203C. Wellman, *Real rights*, Oxford University Press, Oxford 1995, p. 183.

204A. White, *Rights*, op. cit., p. 63.

205Essa è infatti contestata, per esempio, da: C. Arnold, *Analyses of right*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, op. cit. In ambito legale la correlazione biunivoca è invece difesa per esempio da N. Lazarev, *Hohfeld's analysis of rights: an essential approach to a conceptual and practical understanding of the nature of rights*, “Murdoch University Electronic Journal of Law”, 9 (2005). Il più famoso difensore della tesi della correlazione biunivoca in ambito legale è ovviamente Wesley Newcomb Hohfeld. Hohfeld sarà il protagonista della prossima serie di paragrafi, e pertanto non mi soffermerò adesso sulla sua posizione. Per una discussione critica riguardo alla versione hohfeldiana dell'assioma di relazione biunivoca ved N.E. Simmonds, *Introduction* all'edizione Ashgate del 2001 di W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*.

206 A. White, *Rights*, op. cit., V.

univoca (2) – si pone adesso il problema speculare: si possono dare diritti senza doveri?

Si tratta questa di una tesi piuttosto controintuitiva – e non è mancato chi lo ha sottolineato²⁰⁷. Pure, secondo alcuni autori essa possiede un fondamento. Hobbes²⁰⁸ considerava diritti e doveri come termini contrari e non correlati. David Lyons²⁰⁹ ha sostenuto che alcuni diritti – come per esempio il diritto alla libertà di parola sancito dalla costituzione statunitense – non correlano con doveri, ma piuttosto con delle *immunità*²¹⁰, categoria normativa che non genera obbligazioni e che pertanto non può essere assimilata ai doveri. Alan White²¹¹, similmente, ha portato all'attenzione alcuni diritti – come i diritti alla non interferenza – che non sono correlati direttamente con doveri, quanto con mancanze di doveri. Joel Feinberg²¹², invece, nella sua discussione sui diritti astratti come quelli contenuti, per esempio, nella *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, ha sostenuto che esistono rivendicazioni nei confronti di tutto il mondo che sono anche diritti, indipendentemente dal fatto che si sia capaci o no di trovare il portatore del dovere correlativo²¹³. Marcus B. Singer²¹⁴ ha cercato di mostrare – e devo dire che non ci è riuscito²¹⁵ – che nei diritti in cui il beneficiario non è il titolare stesso dei diritti, non vi è correlazione. John Kilcullen²¹⁶ ha sostenuto che la capacità di alcuni diritti di essere esercitati implica che essi sussistono indipendentemente dalle obbligazioni che creano, e che pertanto parlare di correlazione è sbagliato. Neil MacCormick²¹⁷, infine, ha cercato di mostrare come nella pratica legale di certi sistemi normativi – nel suo caso quello scozzese – i diritti possano essere istituiti anche prima che vi sia un chiaro destinatario del dovere correlato, e quindi prima che il dovere stesso esista²¹⁸.

Come si può vedere da questa carrellata, la creatività filosofica sembra essersi sbizzarrita su questo punto. Il problema è che la plausibilità di queste proposte dipende dal quadro teorico di

207Per esempio D. Braybrooke, *The firm but untidy correlativity of rights and obligations*, “Canadian Journal of Philosophy” 1 (1972), oppure S.I. Benn & R.S. Peters, *The principles of political thought*, op. cit., p. 101. Ronen Perry ha discusso ed efficacemente smontato alcuni degli esempi cui accennerò in questo paragrafo nel suo *Correlativity*, “Law and Philosophy” 28 (2009).

208Vedi la nota 93 al capitolo [1].

209D. Lyons, *Correlativity of rights and duties*, “Nous” 4 (1970).

210Nella prossima serie di paragrafi si vedrà meglio qual è il significato di una immunità.

211A. White, *Rights*, op. cit., V.

212Vedi J. Feinberg, *Duties, rights and claims*, “American Philosophical Quarterly”, 3-2 (1966), *The nature and value of rights*, op. cit., *Social philosophy*, op. cit., p. 67.

213Feinberg ha battezzato questo genere di diritti col nome di diritti-manifesto. Li discuterò nel paragrafo [2.3.3], ritornando poi in seguito sul problema del peso normativo di un tal genere di diritti altamente generici al termine del capitolo [5] e nel capitolo [6].

214M.C. Singer, *The basis of rights and duties*, “Philosophical Studies” 23 (1972).

215Per una discussione molto efficace su questo articolo vedi S. Stoljar, *An analysis of rights*, Macmillan, London 1984, pp. 42-3, dove la tesi di Singer è confutata.

216J. Kilcullen, *Medieval and modern concepts of rights: how do they differ?*, op. cit.

217Vedi N. MacCormick, *Children's rights: A test-case for theories of right*, “Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie” 32 (1976), ristampato in N. MacCormick, *Legal right and social democracy*, Clarendon, Oxford 1982 e *Rights in legislation*, in P.M.S. Hacker & J. Raz (a cura di), *Law, morality and society*, Clarendon, Oxford 1977.

218Questo esempio è piuttosto controverso. Matthew Kramer lo ha duramente criticato in *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 27-8.

riferimento adottato. Se può sembrare plausibile l'ipotesi *prima facie* che si diano doveri senza diritti, la tesi opposta non può essere efficacemente valutata senza un simile quadro. È per questo motivo che metterò provvisoriamente da parte questi due problemi e, nella prossima serie di paragrafi, mi dedicherò all'analisi della sintassi normativa dei diritti.

2.2 La sintassi dei diritti

Il punto di partenza di ogni studio di questo genere risiede nell'analisi compiuta da Wesley Newcomb Hohfeld nel suo classico *Fundamental legal conceptions*²¹⁹. Nonostante gli anni, le revisioni che si sono succedute e i limiti che sono stati evidenziati, quella hohfeldiana rimane l'analisi classica²²⁰ della sintassi dei diritti in *ambito giuridico*. Proprio per questo, la prima domanda che ci si deve porre al riguardo è quanto essa possa essere utile in *ambito morale*. Se molti autori sembrano non provare alcun imbarazzo a traslare lo schema hohfeldiano in ambiti normativi diversi da quello giuridico²²¹, altri, come Judith Jarvis Thomson²²² e Ronald Dworkin²²³, hanno mostrato qualche perplessità a riguardo. Hohfeld stesso, del resto, fin dal titolo era stato chiaro riguardo al perimetro della sua ricerca.

Questo però non significa che l'analisi hohfeldiana non abbia alcun interesse nell'ambito della filosofia morale. Il tracciato di relazioni logiche tra concetti disegnato da Hohfeld rimane insuperato, e può essere adoperato come mappa per comprendere i rapporti tra le medesime strutture normative declinate in ambito morale. Per fare questo, però, bisogna però essere capaci di individuare e separare le caratteristiche non formali presenti nell'analisi hohfeldiana. La traiettoria che segue l'analisi di Hohfeld parte infatti da un tentativo di chiarificare l'uso del termine «diritti» in ambito legale descrivendone i nessi e le implicazioni nell'ambito della pratica reale della legge, per poi cercare di giungere a conclusioni generali prescrittive²²⁴ che mettano ordine nell'ambito giuridico: e queste conclusioni ricostruttive, come si vedrà, non possono essere traslate in ambito morale senza essere prima analizzate e valutate.

219W.N. Hohfeld, *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, "Yale Law Journal" 23 (1913) e *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, "Yale Law Journal" 26 (1917), successivamente raccolti in W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Haven 1919. Per le citazioni da questo testo adopererò l'edizione Ashgate curata da D. Campbell e P. Thomas (W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Ashgate, Dartmouth 2001).

220A proposito vedi T.D. Perry, *A paradigm of philosophy: Hohfeld on legal rights*, "American Philosophy Quarterly" 14-41 (1977), e J.W. Singer, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, "Wisconsin Law Review" 975 (1982).

221Vedi per esempio H. Upton, *Right-based morality and Hohfeld's relations*, "The Journal of Ethics" 4 (2000) in cui si difende esplicitamente l'unicità di fondo dell'analisi sintattica dei diritti. Ma anche G. Sreenivasan, *Duties and their direction*, "Ethics" 120-3 (2010); G.W. Rainbolt, *Rights as normative constraints on other*, "Philosophy and Phenomenological Research" 52-1 (1993); R. Cruft, *Beyond interest theory and will theory?*, "Law and Philosophy" 23 (2004); J. Raz *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford 1986 e *Legal rights*, "Oxford Journal of Legal Study" 4 (1984); con qualche riserva pure M.H. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit.

222J.J. Thomson, *A realm of rights*, op. cit., II.

223R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit., VI.

224Sulla natura prescrittiva dell'analisi hohfeldiana, e sui limiti di analisi descrittive come quelle di White e MacCormick, vedi M. Kramer, *Rights without trimmings*, op. cit. Una difesa della teoria di MacCormick si trova in A.M. Cameron, *MacCormick's liberal theory of rights*, in W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times*, op. cit.

2.2.1 Le due tavole hohfeldiane

In ambito giuridico Wesley Hohfeld era contrario al riduzionismo benthamita: all'idea ovvero che si potesse esaurire l'ambito del diritto nelle nozioni primitive di doveri e diritti – e in ultima istanza a solo quella di doveri. Questo riduzionismo è per Hohfeld connesso con la confusione che circonda il concetto di diritti – definito come un termine camaleontico²²⁵, e proprio per questo pericoloso se non chiarificato. Hohfeld individua quattro significati che può assumere questo termine: *pretesa* [*claim*], *libertà* [*liberty*]²²⁶, *potere* [*power*] e *immunità* [*immunity*]. Hohfeld osserva che, sebbene si consideri normalmente il correlare di un diritto con un dovere come il suo carattere centrale, nella pratica poi questa assunzione è continuamente disattesa, poiché ognuno dei quattro significati ha un correlato proprio. Le pretese sono, infatti, correlate coi *doveri hohfeldiani*²²⁷ [*duties*], le libertà con le *non-pretese di non* [*no-claims to not*]²²⁸, i poteri con le *soggezioni* [*liability*], le immunità con le *incapacità* [*disability*]. Per completare la definizione di questi quattro significati Hohfeld opera poi una triangolazione identificando oltre che il correlato anche l'opposto. L'opposto di una pretesa sarà così una *non-pretesa*, quello di una libertà un *dovere hohfeldiano di non*, quello di un potere una *incapacità*, e quello di un'immunità una *soggezione*. In questo modo è possibile ottenere due tavole.

Prima tavola hohfeldiana: tavola deontica					
Elemento:	<i>Pretesa</i>	<i>Libertà</i>	<i>Libertà di non (esenzione)</i>	<i>Dovere hohfeldiano</i>	<i>Non-pretesa</i>
Correla con:	Dovere hohfeldiano	Non-pretesa di non	Non-pretesa	Pretesa	Libertà di non

225W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*, op. cit., p. 11.

226Hohfeld parla di *privilegio* [*privilege*] e non di *libertà*. Nell'adoperare questa terminologia piuttosto che quella hohfeldiana ortodossa adotto un uso invalso nella letteratura, che mi sembra piuttosto sensato. Sulla questione vedi più avanti, il paragrafo [2.2.2].

227Sulle particolarità dei doveri hohfeldiani vedi il successivo paragrafo [2.2.4].

228Hohfeld nelle tavole che accompagnano l'articolo (ma non nelle definizioni) definisce il correlato di una libertà come una non-pretesa (*Fundamental legal conceptions*, op. cit., p. 14), ma questo non è del tutto preciso. Sulla questione vedi per esempio A.R. Anderson, *Logic, norms, and roles*, "Ratio" 4 (1962); F. Fitch, *A revision of Hohfeld's theory of legal concepts*, "Logique et Analyse" 10 (1967); P. Mullock, *The hohfeldian jural opposite*, "Ratio" 13 (1971); G. Williams, *The concept of legal liberty*, in R. Summer (a cura di), *Essays in legal philosophy*, Basil Blackwell, Oxford 1970; D.M. Adams, *Hohfeld on rights and privileges*, "Archiv für Rechtsphilosophie" 21 (1985).

					(esenzione)
Si oppone a:	Non-pretesa	Dovere hohfeldiano di non	Dovere hohfeldiano	Libertà di non (esenzione)	Pretesa

Seconda tavola hohfeldiana: tavola aletica				
Elemento:	<i>Immunità</i>	<i>Potere</i>	<i>Incapacità</i>	<i>Soggezioni</i>
Correla con:	Incapacità	Soggezione	Immunità	Potere
Si oppone a:	Soggezione	Incapacità	Potere	Immunità

2.2.2 Gli elementi atomici hohfeldiani: la prima tavola

Le due tavole forniscono il quadro dei rapporti per un totale di otto concetti diversi (nove con l'esenzione) che definirò *elementi atomici* per indicare la loro proprietà di elementi basilari. Cerchiamo adesso, partendo da questo quadro dei rapporti, di specificare il significato di ognuno di essi. Bisogna tenere a mente che gli elementi della prima tavola sono sempre relazioni tra *due* attori legate a un contenuto ϕ , mentre quelli della seconda, al contrario di quanto pensava lo stesso Hohfeld²²⁹, sono relazioni tra *due o tre* attori legate a un contenuto ϕ . Questo carattere direzionato degli elementi atomici, come si vedrà nei prossimi paragrafi, ha delle cruciali conseguenze per comprendere gli sviluppi dell'analisi portata avanti dal giurista di Yale.

Pretese. Una pretesa specifica la seguente relazione:

- X possiede una *pretesa* riguardo a Y di ϕ se e solo Y ha nei confronti di X il *dovere hohfeldiano* di ϕ . Come si è visto, una pretesa è correlata con un *dovere hohfeldiano* e si oppone a una *non-pretesa*.

Il concetto di pretesa è equivalente alla costrizione verso un comportamento che può essere attivo oppure omissivo. Per questo motivo esso presiede alle nozioni deontiche di obbligatorietà e di proibizione.

Secondo Hohfeld quello di pretesa è il significato più autentico della nozione di diritti²³⁰: solo le

229Come è stato notato da N.E. Simmonds, *Rights at the cutting edge*, in *A debate over rights* (p. 152, nota 53) e C.

Wellman, *A theory of rights*, Rowman and Allanheld, Totowa 1985, p. 43: vedi il successivo paragrafo [2.2.4].

230W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*, op. cit., pp. 12-3, 53. Dalla discussione che porta avanti sulle differenze tra un diritto e un potere (vedi per esempio *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, pp. 209 e 1109) si capisce che anche per Bentham un diritto è essenzialmente un diritto-

pretese andrebbero, in senso stretto, definite diritti. Il motivo dietro la scelta di Hohfeld è che solo le pretese correlano con doveri, e Hohfeld è sostenitore di una versione particolare dell'assioma di correlazione, che definirò più avanti.

Libertà. Una libertà specifica la seguente relazione:

- X possiede una *libertà* riguardo a Y di ϕ se e solo se X non ha il *dovere hohfeldiano* nei confronti di Y di $\neg\phi$. Una libertà è correlata con una *non-pretesa di non* e si oppone a un *dovere hohfeldiano di non*.

Una libertà di $\neg\phi$ può essere chiamata una *esenzione*:

- X possiede una *esenzione* riguardo a Y di ϕ se e solo se X non ha il *dovere hohfeldiano* nei confronti di Y di ϕ . Una esenzione è correlata con una *non-pretesa*, e si oppone a un *dovere hohfeldiano*.

Il concetto di libertà può essere ricondotto alla nozione deontica di permesso, mentre quello di pretesa come si è visto determina l'obbligatorietà e il proibito²³¹. Libertà e pretesa sono per questo motivo mutualmente esclusive. Il contenuto di una libertà hohfeldiana, proprio perché connesso con la nozione di permesso, consiste in una libertà *unilaterale*, ovvero in una libertà di fare ϕ , e non in una libertà *bilaterale*, la libertà di fare ϕ o $\neg\phi$ ²³². In pratica, se ho la libertà di andare a correre

pretesa. I poteri non sono diritti in senso stretto, sebbene si possano avere *diritti ai poteri* (cfr. le citazioni precedenti e *An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 313). In alcuni casi però, come per esempio nella discussione riguardo alla schiavitù e alla servitù (*An introduction to the principles of morals and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, p. 299 e *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, pp. 388-389), Bentham parla anche di libertà, privilegi, esenzioni e immunità come diritti.

²³¹È importante ricordare che una libertà, correlando con una non-pretesa di non, è logicamente equivalente all'*assenza di un dovere hohfeldiano di non* e non dell'*assenza di un dovere hohfeldiano*. Quella che abbiamo chiamato esenzione, ovvero una libertà di non, è invece l'equivalente logico dell'assenza di un dovere hohfeldiano. Mancare di distinguere libertà e libertà di non può condurre a errori di vario genere: come per esempio in F. Kamm, *Rights*, in J. Coleman, S. Shapiro (a cura di), *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 479. Anche G. Rainbolt sembra prendere alla leggera questa differenza, annodandosi conseguentemente in alcune complicazioni inutili (vedi G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., pp. 6-11). Hohfeld su questo punto ha qualche colpa. È vero che, come hanno fatto notare Pino (*Diritti soggettivi*, "Materiali per una storia della cultura giuridica" 2 (2009)) e Adams (*Hohfeld on rights and privileges*, op. cit.) nella sua spiegazione della libertà Hohfeld (*Fundamental legal conceptions*, p. 14) parla di *dovere-di-non* come elemento opposto, ma nella tavola che costruisce correla erroneamente una libertà a una non-pretesa, opponendola quindi implicitamente a *non-dovere*. In questo modo è chiaramente sensata l'emendazione di G. Williams (*The concept of legal liberty*, pp. 128 e seg.) e F. Fitch, (*A revision of Hohfeld's theory of legal concept*, op. cit., pp. 270-1).

²³²Sulla questione vedi G. Williams, *The concept of legal liberty*, op. cit.; H.L.A. Hart, *Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit.; D.M. Adams, *Hohfeld on rights and privilege*, op. cit. Un errore che nasce dal non riconoscimento di questa caratteristica dell'analisi hohfeldiana è quello che si trova in Manfred Moritz, *On hohfeldian privilege*, "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie" 59 (1973), il quale finisce per considerare tutte le libertà come libertà appaiate.

nella pineta, vuol che dire che non ho il dovere di non andare a correre nella pineta, ma questo non significa che io non abbia il dovere di andare a correre nella pineta.

Le libertà sono per questo compatibili coi doveri hohfeldiani²³³. Se le libertà fossero per definizione bilaterali sarebbero inconsistenti coi doveri hohfeldiani dallo stesso contenuto – e avrebbero pertanto una funzione normativa diversa. Leif Wenar chiama *libertà appaiate* quei privilegi che hanno come contenuto una libertà bilaterale, e descrive la loro funzione come il conferimento di una discrezionalità rispetto a un dovere generico²³⁴. Secondo Wenar questa discrezionalità costituisce una funzione specifica delle libertà appaiate che le distingue dalle libertà semplici. Questa posizione mi pare sensata, soprattutto se facciamo riferimento nuovamente al concetto deontico di permesso: esso è infatti un concetto più largo e non equivalente a quello che von Wright²³⁵ definisce come *indifferenza*, corrispondente alla liceità disegnata dalle libertà appaiate.

Hohfeld considera la nozione di libertà identica a quella di *privilegio* [*privilege*], e anzi adopera quest'ultimo termine e non quello che sto adoperando io per riferirsi a questo elemento atomico²³⁶. Molti autori hanno invece deciso di impiegare il termine libertà, poiché preferiscono riservare al termine privilegio il significato tecnico di delineare quelle libertà possedute esclusivamente da alcune categorie di soggetti²³⁷. Questa distinzione è ragionevole, anche dal punto di vista del significato posseduto dai due termini nel linguaggio ordinario²³⁸.

Un punto di vista differente sul rapporto tra libertà e privilegio è quello espresso da Judith Jarvis Thomson. Thomson ha contestato questa identificazione, e ha cercato di dimostrare che quello di libertà è un concetto molto più forte – per quanto riguarda le possibilità di interferenza di terzi nel mio diritto a ϕ – rispetto a quello di privilegio²³⁹. Secondo Thomson un privilegio sembra identificare uno spazio di anomia, mentre una libertà è invece in qualche modo protetta nel suo esercizio. Questa specificazione, per quanto sensata, è però ridondante. Essa ricalca quella, risalente almeno a Bentham, tra *libertà nude* e *libertà vestite*²⁴⁰. Il contenuto di una libertà nuda non è protetto da alcuna pretesa di sorta, e per questo disegna un contenuto anomico di liceità e niente più.

233Questo aspetto dell'analisi hohfeldiana non è colto in D. Gerber, *Rights*, "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie" 62-3 (1976) che si rifà sostanzialmente al concetto di *liberty* di Hobbes.

234L. Wenar, *The nature of rights*, op. cit., pp. 226-228.

235G.H. von Wright, *Deontic logic*, op. cit., pp. 3-4.

236W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*, op. cit., p. 17.

237Vedi per esempio G. Williams, *The concept of a legal liberty*, op. cit., p. 124; Feinberg, *Social philosophy*, op. cit., p. 57; G. Pino, *Diritti soggettivi*, op. cit., p. 489; L. Weinart, *The nature of rights*, op. cit., p. 226.

238C'è stato chi l'ha criticata, come D.M. Adams (*Hohfeld on rights and privileges*, op. cit., p. 87-88), ma con argomenti poco convincenti, e chi ha proposto la nomenclatura alternativa «freedom» (S. Kanger, *Law and logic*, "Theoria" 38 (1972)), che in italiano andrebbe comunque tradotta con «libertà».

239 J.J. Thomson, *The realm of rights*, op. cit., pp. 45-54.

240Vedi per esempio *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, pp. 388-389. Su questo punto sono utili anche H.L.A. Hart, *Bentham on legal rights*, op. cit., e H. Steiner, *An essay on rights*, op. cit.,

Ho un diritto-libertà a guardare nel giardino del mio vicino, ma non ho alcun diritto-pretesa che questi rinunci a piantare una siepe per impedirmi di farlo. I diritti nello stato di natura descritto da Hobbes, come ho accennato, non sono altro che libertà nude.

È bene ricordare in margine a questa distinzione tra libertà nude e libertà vestite che avere una libertà non implica avere quello che solitamente si chiama un diritto di non interferenza, come si è visto a proposito dell'esempio della siepe²⁴¹. In generale, è difficile ma non impossibile che nel linguaggio ordinario si chiami diritto una libertà nuda²⁴²: le libertà che contano solitamente come diritti sono generalmente libertà vestite – anche se è possibile pensare ad alcune le libertà come a diritti²⁴³. Soffermiamoci per un attimo su questo punto. Quando nel linguaggio comune dico che ho la libertà di andare a correre nella pineta, uno dei significati posseduti da questa asserzione è che tu non puoi impedirmi di farlo. Ma questo non vale nel linguaggio hohfeldiano. Leggendo la frase precedente secondo una griglia hohfeldiana «impedire» sta a dire soltanto che tu non hai pretese contrarie alla mia libertà, non che io ho la pretesa che tu non interferisca in altro modo. Una libertà protetta da pretese corrispondenti non è infatti una libertà nuda hohfeldiana, ma una libertà vestita.

2.2.3 Gli elementi atomici hohfeldiani: la seconda tavola

La seconda tavola hohfeldiana è spesso considerata una tavola derivata dalla prima. La prima tavola conterrebbe le «regole primarie»: mentre le libertà e le pretese determinano il reticolato normativo che avvolge i soggetti, poteri e immunità sono le «regole secondarie» attraverso cui i soggetti stessi possono modificare la geografia disegnata dalle regole primarie. Nella fattispecie, il potere permette la creazione, l'estinzione o il mutamento di una regola subordinata. Il potere può essere quindi considerato una relazione di secondo ordine – e quindi un diritto di secondo ordine, rispetto ai diritti e alle pretese. Un sistema normativo può sussistere anche senza relazioni di secondo ordine – mentre di fatto non può darsi senza relazioni di primo ordine. Una volta stabilita la

241 Su questo vedi G. Williams, *The concept of legal liberty*, op. cit., p. 137. Sul problema, affrontato dal punto di vista giuridico, del diritto di non interferenza e delle libertà nude vedi anche l'articolo, critico riguardo a Hohfeld, di S.D. Hudson & D.N. Husak, *Legal rights: how useful is hohfeldian analysis?*, "Philosophical Studies" 37-1 (1980).

242 Se qualcuno vedendomi raccogliere da terra una moneta abbandonata mi chiedesse conto della mia azione, potrei chiaramente rispondergli che ne ho diritto – e mi riferirei in questo caso non tanto a un diritto di non interferenza, ma a una libertà nuda.

243 Sul fatto che le libertà dovrebbero essere qualcosa di più per essere dei diritti, vedi anche S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., pp. 25-24. Secondo Stoljar, una libertà concepita in questo modo, ovvero come il correlato di un dovere di non, non può essere davvero pensata come un diritto, né legale né morale. Definendo un contenuto di liceità, una libertà nuda non fa altro che designare uno spazio di anomia, ed è pertanto fuori della normatività in senso stretto, secondo la massima *non omne quod licet honestum est*. La critica di Stoljar è comprensibile, ma fuori misura nel suo tentativo di confutare la definizione stessa del concetto di libertà data per esempio da G. Williams e H.L.A. Hart. Il punto positivo che si può estrapolare da essa è che, come ho detto, nella maggior parte dei casi (ma non sempre – vedi la nota precedente) quando ci riferiamo nell'uso comune a una libertà chiamandola diritto ci stiamo riferendo sempre a una libertà vestita: ma questo non implica che, da un punto di vista più rigoroso, non ci possa riferire alle libertà nude come a diritti. Sulla questione tornerò nel prossimo capitolo, in particolar modo nella serie di paragrafi [3.4].

presenza di regole secondarie poi, tecnicamente non sussiste più un limite ai livelli ulteriori che si possono creare, formando in questa maniera una gerarchia di poteri e di immunità²⁴⁴. La struttura basica di queste determinazioni rimane però sempre la stessa, cambia solo la disposizione gerarchica che le assegniamo. La gerarchia tra i livelli può essere semplice, oppure composita: per cui un dato livello può agire su uno precedente, ma non su tutti, ecc.

Laddove la prima tavola può essere definita «deontica», a proposito della seconda si può parlare di tavola «aletica». Un'altra differenza tra le due tavole è che gli elementi della seconda possono coinvolgere, come ho accennato in precedenza, fino a tre attori. Poteri e immunità sono regole di secondo livello che permettono di modificare o vietano la modifica di regole primarie tra due attori: questo significa che oltre alla relazione a due specificata in senso stretto dalla regola secondaria, il contenuto di questo si riferisce a un'ulteriore regola – primaria in questo caso – e si possono quindi dare nel complesso tre attori. Il titolare di un potere o di un'immunità X, infatti, modificando o impedendo la modifica dell'assetto hohfeldiano del soggetto Y, di fatto può condizionare l'assetto hohfeldiano del soggetto Z titolare degli elementi correlativi a quelli posseduti da Y e gestiti da X.

Potere. Un potere specifica la seguente relazione:

- X possiede un *potere* di ϕ nei confronti di Y se e solo se X possiede la capacità di modificare gli elementi atomici hohfeldiani riguardo a ϕ di Y. Un potere è correlato con una *soggezione* e si oppone a una *incapacità*.

I poteri occupano nella tavola delle regole secondarie un posto analogo a quello occupato dalle libertà nella tavola delle regole primarie. Come le libertà, anche i poteri possono essere appaiati e semplici. Come le libertà appaiate, anche un potere appaiato garantisce al suo titolare una qualità di discrezionalità – o meglio, di autorità discrezionale – che è assente nel possesso di un potere semplice. Sempre come le libertà, i poteri possono essere nudi o vestiti²⁴⁵, a seconda che siano protetti o meno da pretese di non interferenza. I poteri inoltre sono compatibili con la presenza di doveri di esercitare l'autorità che ne deriva: il diritto-dovere di un giudice di emettere una sentenza è chiaramente un potere di questo genere. Questa compatibilità si estende a tutti i doveri, anche a quelli contrari all'esercizio dell'autorità che il potere conferisce: quest'ultima caratteristica implica che, affinché sia possibile esercitare effettivamente un potere, si deve possedere anche la libertà corrispondente. Per quanto paradossale, un potere privo della libertà di esercizio non è affatto contraddittorio dal punto di vista formale.

244Sulla questione vedi L. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit., pp. 27-31, M. Kramer, *Rights without trimmings*, op. cit., p. 20 e L. Wenar, *The nature of rights*, op. cit., p. 230.

245Sulla questione vedi per esempio G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., p. 32.

I poteri possono essere di vario genere, in base a quale elemento hohfeldiano essi sono in grado di modificare. I poteri in grado di creare una libertà sono poteri di annullare pretese di non e doveri hohfeldiani di non, e così via per tutti gli altri elementi della prima tavola. Alcune tipologie logiche di poteri sono normativamente piuttosto ambigui, almeno *prima facie*. Un caso piuttosto discusso per esempio è il potere – morale, e non giuridico – di creare una pretesa di. Se un potere in grado di istituire un dovere di non interferenza, ovvero un dovere di non, sembra essere moralmente plausibile, un potere di creare doveri negli altri senza il loro consenso è parso a volte sospetto²⁴⁶.

Immunità. Un'immunità specifica la seguente relazione:

- X possiede un'immunità di ϕ nei confronti di Y se e solo se Y non è in grado di modificare gli elementi atomici hohfeldiani riguardo a ϕ di X. Una immunità è correlata con una *incapacità* e si oppone a una *soggezione*.

Le immunità occupano nella tavola delle regole secondarie il posto che nella tavola delle regole primarie è occupato dalle pretese di non. Le immunità sono sostanzialmente scudi posti di fronte ai poteri. Come ha argomentato Lyons²⁴⁷, il diritto di parola sancito dalla costituzione statunitense è al suo cuore un'immunità, poiché in esso vi è stabilita l'incapacità da parte del Congresso di legiferare su questa materia in modo da modificare i diritti dei cittadini a riguardo. Numerosi altri diritti costituzionali garantiti ai cittadini statunitensi sono espressi sotto forma di immunità, per esempio il diritto alla libertà religiosa, e ciò vale per svariate altre carte e dichiarazioni politiche. Come i poteri, anche le immunità sono diritti di second'ordine – metadiritti – e possono pertanto comparire in differenti livelli e ordinamenti gerarchici.

2.2.4 La nozione di «dovere hohfeldiano»

Partendo dalla precedente esposizione del quadro analitico hohfeldiano è adesso possibile concentrarci su alcuni aspetti che da esso derivano. Una prima particolarità dell'analisi hohfeldiana che generalmente sfugge è che essa fa uso di una nozione di dovere ben precisa e peculiare. Gli elementi hohfeldiani della prima tavola indicano sempre strutture normative che prevedono due attori e specificano quindi oltre il titolare del diritto anche il titolare dell'elemento a questo correlato²⁴⁸. Dato che un diritto esiste soltanto all'interno di una relazione, i doveri a essi correlati

246H. Breakey, in *Without consent: principles of justified acquisition and duty-imposing powers*, "The Philosophical Quarterly" 59-237 (2009) porta avanti una esauriente discussione sull'argomento.

247D. Lyons, *Correlativity of rights and duties*, op. cit.

248A partire da questa situazione base a due, è poi possibile aprire la struttura come una fisarmonica e concepire diritti i cui elementi correlati coinvolgono un numero maggiore di attori. Il sistema hohfeldiano della prima tavola non è quindi obbligato a descrivere soltanto diritti tra due parti, anche se può fare questo soltanto operando una

non possono essere altro che *direzionati*²⁴⁹, e lo stesso vale per i correlati hohfeldiani della seconda tavola, soggezioni e incapacità. Questo non implica che ogni tipo di dovere debba essere necessariamente relazionale, ma solo che quello hohfeldiano lo è, e non può essere altrimenti.

Questa particolarità assume una coloritura stravagante quando pensiamo alle libertà. Nella mappa logica hohfeldiana, la libertà è infatti collegata sia alla nozione di dovere che a quella di pretesa. Come si è visto, il contenuto di una libertà disegna un'area di liceità: essere liberi di φ significa che φ è un'azione *permessa*. Adesso, il concetto di permesso non sembra essere necessariamente relazionale – mentre, nella mappa concettuale disegnata da Hohfeld, lo è: le libertà sono tanto direzionali quanto i doveri hohfeldiani e le pretese²⁵⁰. Ciò significa che *una libertà non disegna una liceità tout court, ma soltanto una liceità interna allo spazio normativo hohfeldiano*.

La direzionalità di un dovere hohfeldiano è, inoltre, qualcosa di diverso dalla direzionalità dell'obbligo sottostante. Poniamo, per esempio, che un'entità come un pezzo di foresta appena fuori di una città non sia qualcosa che possa avere dei diritti, ma che esistano comunque obblighi nei suoi confronti – per esempio di non appiccarvi fuochi. È questa un'assunzione che trovo altamente plausibile, e può essere interpretata sostenendo che, se vi è un dovere hohfeldiano a proposito, esso non è tanto nei confronti della foresta, quanto degli abitanti della vicina città che la adoperano per escursioni, ecc. Questo implica che doveri hohfeldiani e obblighi sono elementi diversi e irriducibili. Nel caso del mio dovere di non appiccare dei fuochi, infatti, posso dire che non sia direzionato verso la foresta, ma non posso affermare altrettanto dell'obbligo sottostante. Gli obblighi, così come gli altri elementi deontici che possono costituire il carattere di una norma, sono sempre direzionati verso un *atto*, il quale a sua volta si riferisce a un *fatto*, per adoperare la terminologia adoperata a inizio del capitolo precedente. E questo sta a significare che il titolare di una una pretesa non è necessariamente il bersaglio del carattere di una norma²⁵¹.

La distinzione tra dovere hohfeldiano e obbligo ha anche un altro significato. Prendiamo questo caso:

sommatoria di elementi primitivi che sono *sempre relazioni a due attori*. Per questo motivo, nonostante l'opinione contraria di J. Raz (*The concept of a legal system*, op. cit., p. 180) è possibile, adoperando il quadro analitico hohfeldiano, fornire una spiegazione dei cosiddetti diritti *in rem*.

249Questo punto è stato riconosciuto e commentato in maniere diverse da J. Waldron, *Introduction a Theories of rights*, op. cit., J.J. Thomson, *The realm of rights*, op. cit., G. Sreenivasan, *Duties and their direction*, "Ethics" 120-3 (2010). L'espressione «dovere direzionato» è mutuata da L.W. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit., p. 24. Che un diritto-pretesa fosse correlato con un dovere di tipo direzionato era evidente anche a Jeremy Bentham, come si ricava da *A fragment on government*, in *Works*, op. cit., vol. I, pp. 1168-9.

250Un'erronea affermazione contraria circa le libertà hohfeldiane si può leggere in J.R. Rowan, *Conflicts of rights. Moral theory and social policy implications*, Westview, Boulder 1999, p. 23.

251Su questo argomento, definito problema del beneficiario terzo, tornerò nel prossimo capitolo. Esso confuta la nota affermazione di Bentham per cui essere titolare di un diritto non significa altro che beneficiare di un'obbligazione altrui.

- X ha il diritto-pretesa nei confronti di Y di ϕ .

Data la distinzione tra obbligo e dovere hohfeldiano, questo tipo di diritto può generare a sua volta ulteriori relazioni *non hohfeldiane*. Il contenuto ϕ del diritto può infatti specificare – per esempio – un obbligo di Y nei confronti di Z: e questo, senza che sia vero che Z abbia un diritto-pretesa nei confronti di Y.

2.2.5 Gli elementi atomici hohfeldiani e la triade deontica

I fili che tengono assieme le tavole hohfeldiane sono quelli delle tre nozioni deontiche di base, ma non perché sia formalmente possibile ridurre il quadro tracciato da Hohfeld a una di queste. Facendo così perderemmo qualcosa per la strada: il sistema hohfeldiano, infatti, è posto a un livello esplicativo superiore rispetto a quello minimo dalla triade deontica. Questa eccedenza originale è costituita dalla direzionalità espressa dalle sue strutture normative, dal formare queste un sistema di *ragioni* e non uno di meri *elementi deontici*.

Partendo dal rapporto tra elementi hohfeldiani ed elementi deontici è possibile comunque mostrare come i primi siano tra loro interdefinibili. Infatti:

- Se X ha una pretesa di ϕ nei confronti di Y, allora Y ha il dovere di ϕ nei confronti di X. E ciò equivale a una *obbligazione*.
- Se X ha una pretesa di $\text{non-}\phi$ nei confronti di Y, allora Y ha il dovere di $\text{non-}\phi$ nei confronti di X. E ciò equivale a una *proibizione*.
- Se X ha una non-pretesa di ϕ nei confronti di Y, allora Y non ha il dovere di ϕ (ha la libertà di $\text{non-}\phi$) nei confronti di X. E ciò equivale a un *permesso*.
- Se X ha una non-pretesa di $\text{non-}\phi$ nei confronti di Y, allora Y non ha il dovere di $\text{non-}\phi$ (ha la libertà di ϕ) nei confronti di X. E ciò equivale a un *permesso*.

Dal momento che gli elementi della triade deontica sono a loro volta interdefinibili, tutte le situazioni descritte dalla prima tavola sono riconducibili a obblighi – sebbene gli elementi stessi *non* siano obblighi.

Anche la seconda tavola può essere ridotta a uno qualunque tra i suoi quattro elementi. Adoperiamo allo scopo la soggezione:

- Se X ha un potere di ϕ nei confronti di Y, allora Y è soggetto riguardo a ϕ da parte di X.

- Se X ha un potere di non- ϕ nei confronti di Y, allora Y è soggetto riguardo a non- ϕ da parte di X.
- Se X ha un non-potere di ϕ nei confronti di Y, allora Y non è soggetto riguardo a ϕ (ha un'immunità riguardo a ϕ) da parte di X.
- Se X ha un non-potere di ϕ nei confronti di Y, allora Y non è soggetto riguardo a non- ϕ (ha un'immunità riguardo a non- ϕ) da parte di X.

Essendo la base di regole secondarie gli elementi atomici della seconda tavola non descrivono situazioni riconducibili alla triade deontica. Gli elementi della seconda tavola fanno riferimento piuttosto ai concetti *modali* di possibilità, necessità e impossibilità²⁵². Come si vedrà nei prossimi capitoli, questa caratteristica ha delle conseguenze importanti per quanto riguarda l'ordinabilità dei diversi elementi atomici hohfeldiani.

2.2.6 I diritti come composti molecolari

Se adesso esaminiamo quello che nella pratica consideriamo essere un diritto, ci accorgeremo che siamo nella maggioranza dei casi di fronte non a un singolo e nudo elemento hohfeldiano, bensì a un'insieme di questi. Facciamo un esempio.

Se prendiamo il diritto che ho a disporre della mia bicicletta ci accorgiamo che esso si può scindere in una serie di diritti elementari, ognuno dal contenuto corrispondente a un dato elemento atomico hohfeldiano. Posso dire, infatti, di avere un diritto-pretesa nei tuoi confronti per il quale tu non puoi adoperare la bicicletta senza chiedere prima il mio permesso; un diritto-potere di concederti o no questo permesso; tutta una serie di diritti-libertà nei tuoi confronti di adoperare la bicicletta a mio piacere fintantoché non mi trovo di fronte a un tuo diritto-pretesa a riguardo; tutta una serie di diritti-immunità riguardo all'impossibilità di alienare o modificare o aggiungere qualcosa nei confronti dei miei diritti-pretesa, diritti-libertà, diritti-potere e diritti-immunità a riguardo della bici da parte di chi non possiede diritti-potere legittimi; il diritto-potere di alienare o modificare (ma non creare) tutti o parte dei precedenti diritti. E così via.

Questo intricato sistema di diritti atomici dà luce a una struttura normativa che contiene entro di sé tutte le ragioni capaci di normare – in condizioni standard – la nostra relazione nei confronti del fatto costituito dal mio possesso della bici. Questo diritto generale, infatti, correla con tutta una serie

²⁵²È possibile ridurre a sua volta la seconda tavola alla prima? Il primo a sostenere questa possibilità è stato Alf Ross in *Directives and norms*, Routledge & Kegan Paul, London 1968, pp. 118-9. Kramer (*Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 107-8) l'ha criticata, senza portare però grandi argomenti a sostegno della sua opinione. Un altro tentativo di ridurre la seconda tavola alla prima è quello operato da George Rainbolt (*The concept of rights*, op. cit., pp. 18-9). Rainbolt sostiene a proposito che sia possibile riformulare le regole secondarie hohfeldiane nei termini di condizionali costruiti con regole primarie.

di elementi atomici hohfeldiani cui sei soggetto: un dovere di non adoperare la bici senza un mio previo permesso, ecc.

Difficilmente un diritto sarà composto da un singolo elemento atomico hohfeldiano, anche se ciò è legittimo in teoria. La maggior parte dei diritti – a vederli più da vicino – è un composto molecolare di numerosi elementi atomici hohfeldiani. Questa proprietà dei diritti, di essere delle strutture articolate al cui interno sono incastonati elementi derogatori, omissivi e permissivi, è stata sottolineata più volte²⁵³.

Riconosciuto questo, una seconda osservazione riguarda il modo in cui può essere concepita questa caratteristica dei diritti di essere degli insiemi di elementi atomici. Vi sono infatti due modelli possibili: un modello puramente aggregativo, *a grappolo*, privo di differenze spaziali come quelle che potrebbero sussistere tra un centro e una periferia, e in cui quindi gli elementi atomici all'interno di un diritto non sono funzionalmente differenziati tra loro, e un modello invece *molecolare*, dove sono presenti differenze spaziali e i vari elementi sono distribuiti in un campo di forze che determina diverse funzioni e la gerarchia tra queste sulla base del posto occupato da un dato elemento atomico.

Carl Wellman, l'autore che forse ha meglio trattato questa caratteristica dei diritti di essere dei composti ha proposto un modello molecolare²⁵⁴ in cui si distingue tra un centro e una periferia – tra un nucleo, nella terminologia da lui proposta, e la cintura di *advantages* che lo circondano. Gli elementi atomici che formano il centro dispiegano il carattere funzionalmente autentico di un diritto, mentre la cintura che esso ha attorno è costituita da elementi atomici che hanno lo scopo di proteggere e garantire l'esercizio delle funzioni associate con gli elementi del nucleo²⁵⁵. Questo modello molecolare ha il pregio di fornire una descrizione assai sensata di che cosa sia un diritto partendo dall'analisi hohfeldiana, ma superandone alcune limiti. Questo modello infatti ci permette di rendere conto del fatto che i diritti non siano riducibile a un'unica funzionalità pratica – quella delle pretese; che i diritti non siano soltanto relazioni normative tra due attori (un diritto molecolare può essere infatti un insieme di più elementi atomici dallo stesso contenuto ma con destinatari

253A. Ross, *On law and justice*, Stevens, London 1958; C. Wellman, *Real rights*, op. cit., *Legal rights*, in *Uppsalskolan – och efterat*, Almqvist and Wiksell, Stockholm 1978, *A new conception of human rights*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, op. cit., *An approach to rights*, Kluwer, Dordrecht 1997; L.W. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit.; J. Feinberg, *Social philosophy*, op. cit., V; J. Finnis, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 201; J. Waldron, *Introduction*, in *Theory of rights*, op. cit., pp. 10-11; J.J. Thomson, *The realm of rights*, op. cit., p. 55 e sg.; L. Wenar, *The nature of rights*, op. cit., p. 234.

254C. Wellman, *Real rights*, op. cit., *Legal rights*, op. cit., *A new conception of human rights*, in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*, op. cit., *An approach to rights*, op. cit.

255 Wellman associa questo suo modello con l'ulteriore tesi sostantiva secondo cui la funzione essenziale di tutti i diritti è di tutelare le scelte di un agente – la cosiddetta *choice* o *will theory* che discuterò nel prossimo capitolo [3] – ma questa è una tesi che si va ad aggiungere alla sua analisi formale senza aggiungervi alcunché di determinante. Credo per questo che – come ha già fatto Wenar (in *The nature of rights*, op. cit.) – si possa accettare la bontà del suo modello molecolare senza doversi per questo accollare anche la tesi riguardo alla funzione specifica dei diritti.

diversi); e, infine, che i diritti non siano un ammasso casuale di correlati di elementi deontici di base, ma che compongano strutture normative dotate di una struttura essenziale per plasmare un significato e delle funzioni peculiari.

2.2.7 *L'analisi hohfeldiana e la pregiudiziale deontologica*

Riassumiamo i risultati di questa serie di paragrafi. Il quadro finale dipinto è di matrice hohfeldiana, con alcune emendazioni che tuttavia non scardinano l'impianto complessivo. Questo quadro è stato poi integrato dal modello molecolare, il quale permette di proseguire l'analisi sintattica oltre il livello del singolo elemento hohfeldiano preso in isolamento.

Il lavoro portato a termine in questa serie di paragrafi sarà centrale per definire le caratteristiche e le funzioni dei *diritti specifici* che porterò avanti nel prossimo capitolo. Grazie a esso inoltre sarà possibile definire quali sono i modi generali attraverso cui i diritti possono intervenire nell'ambito normativo. Rimane adesso da vedere nello specifico quale contributo può dare riguardo alla discussione attorno alla pregiudiziale deontologica. Partiamo dalla definizione dell'assioma di correlazione. Basandoci su quanto detto finora possiamo costruire due ulteriori versioni dell'assioma. La prima è quella rigorosa al dettato di Hohfeld, per il quale vale la stipulazione secondo cui solo le pretese sono veramente dei diritti:

- *Assioma di correlazione hohfeldiano stretto*: se si dà un diritto di φ , allora si dà un dovere hohfeldiano di φ , e se si dà un dovere hohfeldiano di φ , allora si dà un diritto di φ .

Questa versione dell'assioma ha un carattere esclusivamente formale. La connessione che traccia è analitica e stipulatoria: diritti e doveri hohfeldiani sono definiti come sono definite le nozioni di moglie e marito. Questa versione dell'assioma non può quindi essere adoperata per stabilire una relazione di priorità o di giustificazione tra diritti (pretese) e doveri hohfeldiani, poiché nessuno dei due elementi atomici può di fatto *sussistere senza l'altro*²⁵⁶. Questa definizione inoltre, è chiaramente biunivoca ma, limitando la propria nozione di dovere a quella di dovere hohfeldiano, ha un'estensione inferiore alla precedente definizione provvisoria biunivoca: se non è vero che tutti i doveri sono doveri hohfeldiani – tesi questa che si è considerato plausibile –, allora la definizione hohfeldiana stretta implica il precedente assioma provvisorio univoco (1) e il rifiuto sia dell'assioma provvisorio univoco (2), sia dell'assioma provvisorio biunivoco.

²⁵⁶Si tratta semplicemente di due modi diversi per definire la stessa relazione normativa. Ed è per questo che, nonostante a volte sia stato affermato il contrario, non vi sono riscontri all'affermazione per cui Hohfeld stesso fosse un sostenitore dell'argomento riduzionista contro i diritti. A tal proposito vedi M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 26.

Se non accettiamo la tesi portata avanti da Hohfeld per cui soltanto le pretese possano essere chiamate diritti, allora è possibile delineare un secondo significato dell'assioma di correlazione partendo dal quadro analitico hohfeldiano:

- *Assioma di correlazione hohfeldiano allargato*: se si dà un diritto di φ allora si dà un elemento che può essere un dovere hohfeldiano, una non-pretesa, una soggezione o un'incapacità di φ , e se si dà un dovere hohfeldiano, una non-pretesa, una soggezione o un'incapacità di φ allora si dà un diritto di φ .

Come per la definizione stretta questa correlazione è posta in maniera analitica e stipulatoria, e pertanto non ci dice niente riguardo a priorità o giustificazioni se non che, di fatto, ognuno dei due elementi formante la coppia di elementi correlativi non può sussistere senza l'altro. La differenza tra le due definizioni è che, mentre la prima annovera tra i diritti soltanto le pretese, la seconda allarga il campo anche alle libertà, alle immunità e ai poteri. Per questo motivo non è possibile, rigorosamente parlando, definire questa seconda versione come assioma di correlazione tra diritti e *doveri*, poiché presuppone che i diritti correlino anche con categorie normative non riducibili a quella dei doveri. Questo implica che accettando questa definizione dell'assioma assieme all'idea che non tutti i doveri siano doveri hohfeldiani si debbano rigettare tutte e tre le versioni provvisorie date in [2.1.3]. Torniamo adesso al problema posto dalla pregiudiziale deontologica.

2.3 Il pregiudizio deontologico

Lo scheletro normativo di ogni teoria morale è riducibile in ultima istanza agli elementi della triade deontica (permesso, obbligatorio, proibito), i quali sono poi ulteriormente interdefinibili a partire da un unico primitivo – nel sistema originario di von Wright il permesso. Questo è analiticamente vero per ogni teoria morale: senza elementi deontici, infatti, non si può dare carattere a una norma, e senza norma non si ha un sistema normativo minimo.

Adesso, questo significa forse che tutte le teorie morali sono di stampo *deontologico*? Certamente no, e per comprendere questo basta ricordare le motivazioni per cui ho stipulato una differenza terminologica tra i significati di dovere e obbligo. Oltre allo scheletro normativo e ai fatti normati vi sono altre caratteristiche necessarie per avere un sistema normativo minimo: le ragioni. È questo genere di caratteristiche che permette di avere una tassonomia variegata dei sistemi normativi. Se non tenessimo questo punto in considerazione, sarebbe possibile (ma sbagliato) operare una riduzione di tutti gli approcci a un comune denominatore deontologico. Anche le teorie utilitaristiche, per esempio, sono, dal punto di vista di ciò che ho chiamato *sintassi normativa*, teorie riducibili a uno schema di azioni obbligatorie, proibite o permesse. Non solo: potremmo ridefinire l'utilitarismo come quella teoria per cui è obbligatorio compiere l'azione migliore dal punto di vista del principio dell'utilità. Ma nonostante questo gioco di prestigio, non potremmo certamente definire l'utilitarismo come una teoria di stampo deontologico, poiché è evidente che le ragioni alla sua base non lo permettono. Quando Moore nei suoi *Principia Ethica* definisce il giusto in funzione del bene²⁵⁷, sta semplicemente adottando un approccio teorico per cui il bene è l'unico principio normativo valido capace di definire l'ambito dell'obbligatorio: sta in pratica eliminando la dimensione del dovere – ma non dell'obbligatorio. Ross, in seguito, nella sua critica a questa riduzione mooreana²⁵⁸, affermando il carattere indipendente del giusto rispetto a considerazione di carattere strettamente consequenzialista, sta reinserendo invece nell'ambito della sua teoria normativa il concetto di dovere. Il problema non si gioca quindi sulla possibilità di ridurre tutto quanto all'obbligo, ma piuttosto sulla fonte da cui scaturiscono queste obbligazioni, che per Moore è unica, per Ross molteplice.

Quindi non vi è alcuno scandalo nella possibilità di ridurre la discussione riguardo ai diritti a elementi come l'obbligazione, la proibizione e il permesso, poiché questa è una riduzione che avviene sul piano del carattere delle norme. La prima confusione che si ritrova nel pregiudizio deontologico è proprio questa: pensare che, siccome ogni diritto implica degli *obblighi* o un concetto simile, i diritti siano obblighi. Ma gli obblighi di per sé sono ciechi se non sono

257G.E. Moore, *Principia Ethica*, op. cit.

258W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., I

accompagnati da ragioni che significhino la relazione con l'atto e con il fatto che essi normano: ciò che si vuole sostenere con il pregiudizio deontologico deve essere quindi diverso: che i diritti – tutti i diritti – possono essere ridotti ai *doveri*.

Nei prossimi paragrafi esporrò tre modelli di diritti in cui questi oggetti normativi non sono riducibili ai doveri. In questo modo sarà possibile individuare alcune strategie di risposta al pregiudizio deontologico, ed estrapolare infine conclusioni di carattere generale riguardo a questo problema.

2.3.1 Un mondo senza diritti

Nowheresville è un luogo che esiste soltanto nello spazio concettuale degli esperimenti mentali dei filosofi, e le sue caratteristiche primarie sono tre:

- (i). In esso non vi sono *diritti*.
- (ii). I suoi abitanti possiedono un *senso morale* – un'attitudine e una predisposizione nei confronti della moralità – in proporzioni sicuramente maggiori di quello che noi potremmo mai possedere.
- (iii). Oltre a possedere questa naturale benevolenza, gli abitanti di *Nowheresville* sono anche dei kantiani rigorosissimi, che agiscono prima di tutto spinti dal loro *senso del dovere* – duplicando in questo modo l'effetto provocato dal loro senso morale naturale.

Joel Feinberg, l'architetto di *Nowheresville*, aggiunge poi altri due tratti a questo quadro²⁵⁹:

- (iv). A *Nowheresville* sono in vigore robuste pratiche di *merito ricompensato* [*desert*]. Il meritevole può aspettarsi che la ricompensa lo raggiunga sempre, così come un bravo cameriere può aspettarsi una mancia al termine del servizio. Lo stesso accade al colpevole, il quale riceve sempre la giusta punizione.
- (v). A *Nowheresville* è in vigore un ferreo *monopolio dei diritti* da parte di un qualche genere di sovrano ideale. Come Davide, dopo l'assassinio di Uriah, si rivolge a dio con la frase «solo contro di te ho peccato»²⁶⁰, così gli abitanti di *Nowheresville* non possono compiere torti contro le persone reali, ma solo contro il sovrano ideale. I loro obblighi puntano agli atti e ai fatti che normano, ma i doveri direzionati sono tutti quanti diretti verso questo

259J. Feinberg, *The nature and value of rights*, op. cit.

260Sam. II, ii.

sovrano ideale²⁶¹.

Date le condizioni (ii) e (iii), e anche in fin dei conti (iv), siamo di fronte a una sorta di idillio morale, dove tutti sono bravi e buoni, ogni merito è ricompensato e nessuno agisce per fini personali o per il piacere, ma solo per un ligio senso del dovere e per naturale benevolenza? Che cosa manca a *Nowheresville* affinché lo si possa considerare un mondo eticamente soddisfacente? Possiamo ragionevolmente aspettarci che la maggioranza delle norme saranno seguite, e che non vi saranno grosse ingiustizie! Eppure, secondo Feinberg, questo non basta:

“La differenza più cospicua, penso, tra gli abitanti di *Nowheresville* e noi ha qualcosa a che fare con l'attività del rivendicare [*to claim*]. Gli abitanti di *Nowheresville*, anche quando sono discriminati, o privati delle cose di cui necessitano, o trattati male in un'altra maniera, non si scandalizzano e non si fanno le giuste richieste l'uno con l'altro, sebbene possano anche non esitare a ricorrere alla forza e alla furbizia per ottenere ciò che vogliono. Non hanno alcuna nozione di diritti, quindi non hanno una nozione di ciò che è loro dovuto.”²⁶²

Gli abitanti di *Nowheresville* difettano della capacità di rivendicare le proprie pretese, e questo rende nell'opinione di Feinberg il loro mondo moralmente povero²⁶³. Questa povertà, cercando di cogliere il nocciolo del ragionamento di Feinberg, deriva dal fatto che la funzione centrale dei diritti è svolta in maniera succedanea da (iv), a causa di (v)²⁶⁴.

Secondo Feinberg un diritto è un tipo di pretesa. In particolar modo, un diritto è una *pretesa valida*. La nozione di merito ricompensato, soprattutto perché si è all'interno di un sistema di monopolio dei diritti da parte di un sovrano ideale, non riesce a coprire efficacemente tutte le funzioni possedute dai diritti²⁶⁵. In particolare, lo scopo centrale delle pretese – che è quello di

261 Si potrebbe quindi dire che *Nowheresville* i diritti ci sono, solo che non sono posseduti dagli agenti morali? In effetti, sembrerebbe essere proprio così. Ma il punto centrale che Feinberg vuole sottolineare a mio avviso non cambia: il monopolio dei diritti è di fatto una spoliazione che toglie questa categoria normativa dal mondo.

262 J. Feinberg, *The nature and value of rights*, op. cit., p. 249.

263 È da notare che la facoltà di rivendicare ciò che è dovuto era già posta tra quelle centrali per comprendere la nozione di diritti da de Groot. Vedi a proposito K. Haakonssen, *Natural law and moral philosophy*, op. cit., p. 27.

264 Per una critica della posizione di Feinberg vedi D. Darby, *Are world without moral rights impoverished?*, “The Southern Journal of Philosophy” 37 (1999). Secondo Darby è possibile svolgere tutte le funzioni morali che mancano da *Nowheresville* anche senza diritti e pretese. La critica si concentra esclusivamente sui diritti naturali – definiti in questa occasione come tutti i diritti pre-istituzionali – ma non si capisce come sia possibile evitare di allargarla ai diritti *tout court*, andando così contro le intenzioni dello stesso Darby.

265 E, in generale, i domini etici di queste due nozioni non possono essere considerati sovrapponibili. Sulla questione della relazione tra diritti e merito ricompensato vedi J. Feinberg, *Justice and personal desert*, in *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton University Press, Princeton 1970; G. Sher, *Desert*, Princeton University Press, Princeton 1987, cap. XI; M.J. Zimmerman, *An essay on moral responsibility*, Rowman & Littlefield, Totowa 1988, pp. 160-2.

puntare il dito contro un torto subito da parte di una persona – è completamente assente da *Nowheresville*.

Per questo motivo, secondo Feinberg, gli abitanti di *Nowheresville* hanno anche un lessico morale insoddisfacente. Mancano, per esempio, i concetti di *rispetto della persona* e di *dignità umana*. Queste sono soltanto nozioni retoriche prive di significato a *Nowheresville*, poiché il loro senso non può essere delegato a una nozione di ricompensa personale basata sul dono – la quale è adatta a società basate su un ordinamento asimmetrico, dove le persone non hanno eguale dignità. Il rispetto della persona e della dignità umana non possono che esserci in un mondo dove vi sono diritti²⁶⁶. Anche perché, questi concetti richiedono la possibilità di esercitare – almeno in linea di principio – direttamente la propria attività di rivendicare la giustizia, e non solo per interposta persona²⁶⁷. Per lo stesso motivo, a *Nowheresville* manca anche una chiara nozione di magnanimità. Questa, infatti, può esistere in maniera definita soltanto laddove sia possibile distinguere chiaramente tra ciò che è dovuto senza sconti, e ciò che è invece supererogatorio oppure dovuto perché meritorio.

Dovere ha un verbo, anzi, prima di tutto è un verbo, diritti no: è evidente il tentativo da parte di Feinberg di colmare questo divario adoperando il termine inglese *claim* che deriva dal latino *clamare*. Col risultato che a volte il concetto di pretesa come diritto e pretesa come rivendicazione – come attività quindi – finiscono per confondersi. E questo, se pensiamo alle diverse funzioni incastonate nel linguaggio dei diritti, è sicuramente un aspetto critico della proposta di Feinberg che va sottolineato. Ciò non implica però, come ha invece sostenuto Alan White²⁶⁸ che non vi sia alcuna relazione necessaria tra diritti e pretese. Ma semplicemente che non è possibile ridurre i diritti all'attività di rivendicare. Bisogna infatti distinguere quattro tesi:

- (i). Ogni rivendicazione è frutto di un diritto.
- (ii). Ogni diritto è una pretesa.
- (iii). L'aver diritti è associato con l'aver pretese e con l'atto di rivendicare queste pretese.
- (iv). L'aver diritti non è necessariamente associato all'aver pretese o all'atto di rivendicare.

La prima affermazione è chiaramente troppo forte: va da sé che si possono rivendicare cose di cui non si ha alcun diritto²⁶⁹. La seconda, checché ne pensi Hohfeld, non può essere accolta come una

266Una valida ed estesa ricostruzione storica del legame tra diritti e dignità si trova in U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, op. cit.

267Un esempio evidente di dove manchi questa funzione, e conseguentemente la nozione di dignità umana, è nella teoria di Hobbes. Per Hobbes il valore di un individuo è riconducibile fondamentalmente al suo prezzo, e pertanto non possiede un fondamento universale ma è legato al giudizio di una terza parte (vedi *Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. X, p. 76).

268A. White, *Rights*, op. cit., VIII. Vedi anche A. White, *Rights and claims*, "Law and Philosophy" 1 (1982).

269Vedi S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., p. 11.

verità evidente. Ma anche la quarta affermazione è sbagliata. Non si può rescindere il legame tra diritti e pretese, se non altro perché le funzioni morali attribuite da Feinberg ai diritti-pretesa rimarrebbero scoperte. Rimane quindi la terza affermazione: la quale lascia implicito che oltre a questa attività di rivendicare, c'è di più²⁷⁰.

2.3.2 Diritti come titoli

Henry McCloskey ha criticato l'analisi dei diritti portata avanti da Feinberg. La sua opinione è che il vero significato dei diritti risieda nel loro essere dei *titoli* [*entitlements*] e non delle pretese²⁷¹. Seguire questo dibattito non è nei miei interessi. Volendo dare un giudizio a riguardo, si potrebbe dire che nessuna delle due soluzioni offerte può realmente pretendere di esaurire i significati che possono assumere i diritti. Ciò che è invece può risultare interessante nelle tesi di McCloskey è il suo tentativo di mostrare l'irriducibilità dei diritti ai doveri seguendo una strada diversa da quella di Feinberg.

La concezione dei diritti-pretesa si basa implicitamente sull'idea che esistano affermazioni di diritti nella forma:

- X ha un diritto *contro* Y di ϕ .

Questo genere di affermazione, nota McCloskey, non esaurisce le possibilità del linguaggio dei diritti. Vi sono molti diritti che non possono essere pensati come diritti-contro: tutti i diritti solitamente chiamati *in rem* per opporli ai diritti *in personam*. Il mio diritto di adoperare le biblioteche dell'Università degli Studi di Padova – diritto *in rem* – non è, secondo McCloskey un diritto contro qualcuno di specifico²⁷².

Per McCloskey vi sono quattro tipi di diritti, e alcuni sono chiaramente non riducibili né alle pretese, né ai doveri:

- *Diritti «negativi»*. Sono diritti di matrice lockeana, sostanzialmente legati al concetto di non interferenza: avere un diritto negativo di ϕ significa che non è sbagliato avere o fare ϕ , e che

270Riprenderò l'argomento nel sesto capitolo, in particolar modo nel paragrafo [6.3.1] dove il rivendicare, in un senso più esteso e meno unilaterale di quello proposto da Feinberg, sarà posto come una delle funzioni fondamentali del linguaggio dei diritti.

271A tal proposito vedi H.J. MacCloskey, *Rights*, "Philosophical Quarterly" 15 (1965) e *Rights. Some conceptual issues*, "Australasian Journal of Philosophy" 54 (1976).

272Feinberg risponderebbe che i diritti *in rem* non sono diritti contro qualcuno di specifico, ma sono comunque diritti contro – nella fattispecie diritti contro ogni altra persona presente o futura (J. Feinberg, *Duties, rights and claims*, op. cit., p. 139). Ma per McCloskey questa soluzione non ha senso. Si tratta chiaramente di una questione di gusto, perché essa è da un punto formale ineccepibile, sebbene magari non proprio elegante.

le altre persone non hanno il diritto di interferire con questo nostro avere o fare φ .

- *Diritti «positivi»*. Sono diritti di matrice tomista, solitamente ricondotti a un qualche tipo di legge naturale: avere un diritto positivo di φ significa avere un titolo o un'autorità morale per agire nella maniera specificata da φ .
- *Diritti «welfaristici»*. Si tratta dei diritti che sono indicati nella letteratura come diritti positivi, ma che nel lessico di McCloskey non vanno confusi coi precedenti diritti di ascendenza teleologica. Avere un diritto welfaristico a φ significa che abbiamo un titolo alle risorse possedute dagli altri o a una domanda nei loro confronti affinché sia aiutato o promosso il nostro raggiungimento di φ .
- *Diritti «speciali»*. I diritti speciali sono creati da qualche tipo di istituzione – come il contratto, o la promessa. In questo caso è possibile parlare di diritti contro, dato che i diritti di questo genere hanno la forma classica delle pretese: A ha un diritto di φ contro B²⁷³.

In questo modo McCloskey esce da un quadro hohfeldiano rigoroso, dato che la sua teoria non permette di considerare i diritti come relazioni triadiche. In particolare, essa rifiuta l'assioma di correlazione hohfeldiano stretto, in una maniera del tutto originale. Il rapporto tra diritti e doveri è per McCloskey anzitutto una *produzione*. Le quattro tipologie di diritti danno luce a doveri ognuna in maniera differente. Non c'è, infatti, bisogno di pensare ai diritti di non interferenza come a diritti contro tutto il mondo, ma solo contro chi può effettivamente interferire di volta in volta. I diritti positivi e welfaristici producono invece due tipologie di doveri: effettivi e potenziali, sulla base di quelle che sono le risorse. I diritti speciali infine sono naturalmente correlati coi doveri in maniera stretta e biunivoca.

L'analisi di McCloskey offre qualche spunto positivo sulla necessità di intendere in maniera il più possibile aperta ed ecumenica la nostra concezione dei diritti. Nonostante questo elemento l'approccio dei titoli soffre però, a mio avviso, di un difetto fatale. Mentre l'analisi hohfeldiana parte dal dato di fatto iniziale di una certa eccessiva confusione attorno al concetto di diritti e punta mettere ordine in questa confusione attraverso l'analisi logico-concettuale, quella di McCloskey adopera la situazione iniziale di confusione per mostrare come non sia possibile costruire un quadro pulito di relazioni – e cerca di risolvere il problema demandando la soluzione a un unico concetto, quello di titolo.

²⁷³I diritti speciali di McCloskey sono in questo tali e quali quanto i diritti speciali di Hart. Vedi il precedente paragrafo [1.2.9].

2.3.3 Diritti «manifesto»

Joel Feinberg, accanto ai diritti come pretese valide, definisce un'altra categoria di diritti, i *diritti-manifesto*. I diritti-manifesto sono pretese connesse coi bisogni fondamentali di un essere umano, e non sono necessariamente pretese valide: non è detto, ovvero, che vi siano doveri correlati a essi, a causa della scarsità di risorse:

“Immagina un bambino affamato, malaticcio e privo di padre, uno dei dodici figli di una madre analfabeta e disperatamente povera in una squallida baraccopoli messicana. Non ha forse questo bambino una pretesa a essere nutrito, a ricevere assistenza medica, a imparare a leggere? Non sappiamo questo anche prima di avere una qualche idea di dove sia il dovere correlato? Non crederemmo tutto ciò anche se disperassimo di trovare qualcuno il cui dovere sia di provvedere a queste cose? In verità sospetto che, se riusciamo alla fine ad assegnare il dovere a qualcuno, lo facciamo perché c'è a monte una pretesa in cerca, per così dire, di un dovere cui accompagnarsi.”²⁷⁴

I diritti-manifesto sono quindi una specie particolare di diritti che si fondano sui bisogni naturali della persona e non sono correlati con doveri – con doveri direzionati hohfeldiani. Le pretese di questo genere, scrive Feinberg, sono reali: “queste pretese, basate solo sulla necessità, sono «possibilità permanenti di diritti», il seme naturale da cui i diritti crescono”²⁷⁵. I diritti-manifesto costituiscono, pertanto, un tipo particolare di diritti – dei diritti ponte, collegati con l'attività di rivendicare – la cui funzione è quella di favorire una presa di coscienza bilaterale: da parte del depositario di una necessità, e da parte dei candidati a svolgere il ruolo di titolari dell'obbligazione correlata.

Ma i diritti-manifesto non sono unici in questo genere: sono soltanto un tipo particolare di una classe di tutti quei diritti che incarnano una *concezione dinamica*²⁷⁶ della relazione tra diritti e doveri piuttosto che una *concezione statica*. Tutti i diritti generali – le ampie costruzioni molecolari composte da un numero pressoché indefinito di elementi atomici – non sono solamente la mera somma degli elementi che li compongono, ma possono essere visti anche come impalcature dinamiche capaci di ristrutturarsi di volta in volta in maniere differenti. Questo accade perché i

274J. Feinberg, *Duties, rights, and claims*, op. cit., p. 142.

275J. Feinberg, *Social philosophy*, op. cit., p. 67.

276A proposito della concezione dinamica vedi in special modo Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit., e Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 41-44. Vedi anche per quanto riguarda l'aspetto più connesso ai diritti legali N. MacCormick, *Rights in legislation*, op. cit., J. Waldron, *Rights in conflicts*, “Ethics” 99-3 (1989), pp. 212-214, e G. Pino, *Diritti soggettivi*, op. cit., pp. 18-20. David Braybrooke (*The firm but untidy correlativity of rights*, op. cit.) ha parlato a proposito della concezione dinamica di una caratteristica *open texture* dei diritti.

diritti possiedono un ruolo giustificatorio all'interno di un sistema normativo: sono ragioni e principi. Così Sumner ha descritto questa caratteristica dinamica dei diritti:

“I diritti non sono soltanto i meri esiti di un sistema di regole, ma giocano piuttosto un ruolo giustificatorio entro il sistema. Una volta che un diritto sia stato riconosciuto entro il sistema può essere adoperato per dare un fondamento all'introduzione di regole che promuovono o proteggono ulteriormente quel diritto. In questo modo un diritto non è un fascio fisso o statico di elementi hohfeldiani, ma è piuttosto qualcosa capace di crescere e svilupparsi nel tempo.”²⁷⁷

I diritti possono essere anche argomenti: possiedono come avrò modo di specificare meglio nei prossimi capitoli caratteristiche allo stesso tempo deontologiche e consequenzialistiche.

2.3.4 Tre modelli di correlazione

La concezione dei diritti-pretesa, l'idea di diritti come titoli che possono produrre doveri, e quella di diritti-manifesto, forniscono tre modelli interpretativi diversi della relazione tra diritti e doveri posti oltre il perimetro analitico e formale offerto da Hohfeld. Sia l'idea di diritti come titoli di McCloskey, che i modelli di diritto-pretesa e di diritti-manifesto di Feinberg prendono in esame casi dove il rapporto di correlazione tra diritti e doveri non è più una questione analitica, bensì *giustificatoria*, dando luce a un nuovo tipo di assioma di correlazione che potremmo così definire:

- *Assioma di correlazione giustificatorio (1)*: se si dà un diritto di ϕ , allora questo può essere la causa e la giustificazione del dovere di ϕ .

Le versioni *provvisorie* dell'assioma sono causalmente neutrali: si limitano ad applicare il significato stretto della correlazione e registrano quindi la mera compresenza delle due categorie normative. Le versioni *hohfeldiane* sono analitiche e stipulatorie: pongono per definizione i due termini in relazione, così come il termine «moglie» è riferito a «marito» e viceversa. L'assioma nella versione *giustificatoria* fornisce un'ulteriore significato, che non è né causalmente neutro, né semplicemente formale. Esso indica una relazione di causazione che si traduce in un rapporto di priorità normativa – in questo caso dei diritti sui doveri.

Lo schema dell'argomento alla base della pregiudiziale deontologica così come era stato genericamente definito nell'introduzione a questo capitolo non fa alcun riferimento a problemi di

²⁷⁷L.W. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit.

causazione e di giustificazione. Esso punta a risolvere tutto partendo da una qualche versione, biunivoca o univoca, dell'assioma di correlazione nella versione provvisoria o hohfeldiana stretta per cui:

- Se X ha un diritto di ϕ nei confronti di Y allora Y ha un diritto di ϕ nei confronti di X.

Successivamente afferma che il linguaggio dei doveri è imprescindibile, al contrario di quello dei diritti. Siccome la nozione di diritti è esprimibile nei termini dei doveri, allora è possibile ridurre il linguaggio dei diritti a quello dei doveri.

Ma è un po' strano affermare *da un punto di vista analitico e causalmente neutro* che il linguaggio dei doveri è di fatto equivalente a quello dei diritti, se solo il primo è imprescindibile. Adoperando come premessa l'assioma di correlazione nella sua versione provvisoria o hohfeldiana non è, infatti, possibile giungere a queste conclusioni. Quindi, la premessa maggiore del pregiudizio deontologico deve essere una versione dell'assioma di correlazione giustificatorio, e precisamente questa:

- *Assioma di correlazione giustificatorio (2)*: se si dà un dovere di ϕ , allora questo può essere la causa e la giustificazione del diritto di ϕ .

Ma né l'assioma di correlazione giustificatorio (1) né il (2) possono essere ottenuti partendo da considerazioni di natura formale. La confusione che circonda gran parte delle discussioni riguardo al pregiudizio deontologico dipende dalla mancata distinzione delle tre versioni dell'assioma. Gran parte dei fautori del pregiudizio deontologico adotta implicitamente la versione giustificatoria dell'assioma, confondendo questa con le versioni provvisorie o hohfeldiane. Oppure dà un significato troppo forte all'assioma hohfeldiano, pretendendo che questo escluda ogni possibilità di formulare una relazione causale dai diritti ai doveri.

Ma non c'è alcuna ragione di tipo formale che impedisca di accogliere una delle due versioni dell'assioma giustificatorio adottando al contempo l'assioma di correlazione hohfeldiano. L'adozione di quest'ultimo è compatibile con una prospettiva che parta – da un punto di vista giustificatorio – dai diritti, come con una che ritenga invece i doveri prioritari. Upton e Brandt hanno sostenuto che tra due concetti interdefinibili non vi possa essere una relazione di tipo causale o comunque giustificatoria²⁷⁸. Ma ciò non è corretto, perché equivalenza logica e giustificazione

²⁷⁸H. Upton, *Rights and duties – A reply to Gewirth*, "Mind" 96 (1987). Upton porta avanti la sua argomentazione anche in *Right-based moralities and Hohfeld's relation*, op. cit., II. Per Brandt vedi invece R. Brandt, *The concept of moral right and its function*, op. cit., p. 29. Anche N. MacCormick, *Children's rights: A test-case for theories of right*, op. cit. p. 162 e J. Waldron, *The right to private property*, Clarendon, Oxford 1988, pp. 69-70 sembrano

possono convivere. Un esempio chiarirà questa tesi: prendiamo a tal proposito la coppia di termini padre e figlio²⁷⁹. I due termini sono concettualmente correlati in maniera biunivoca: per definire uno ho bisogno dell'altro e viceversa. Il caso è analogo a quello dei diritti e dei doveri. Adesso, se è vero che padre e figlio sono dal punto di vista definitorio correlati biunivocamente, vi è un altro genere di relazione tra i due: la relazione questa volta univoca di tipo causale che si svolge a partire dal padre come causa efficiente del figlio. Semanticamente i due concetti emergono assieme, ma questo non ci dice nulla e, soprattutto, non esclude che si possa dire qualcosa, riguardo alla problematica epistemologica e metafisica del loro rapporto.

Una cosa è quindi il piano definitorio, un'altra il rapporto di causa ed effetto soggiacente. Questo sostiene la tesi di Kramer, secondo cui:

“L'assioma hohfeldiano di correlazione è pienamente consistente con un focus giustificatorio che dà importanza primaria ai diritti (o ai doveri), e importanza secondaria ai doveri (o ai diritti). L'assioma di correlatività stipula un legame logico ed esistenziale di implicazione reciproca tra doveri e diritti, e si distingue da un legame di parità giustificatoria.”²⁸⁰

Il risultato di questo ragionamento è che *non vi sono ragioni di natura formale per sostenere il pregiudizio deontologico*. A differenza di molti autori che confondono correlazione hohfeldiana e giustificatoria, Jeremy Bentham era stato piuttosto preciso nel costruire il suo ragionamento a favore della riduzione dei diritti ai doveri, e aveva evitato di intrecciare tutti i nodi concettuali che stiamo cercando di districare. Bentham, come si è visto, era un fautore dell'equivalenza definitoria biunivoca tra diritti e doveri, sebbene avesse riserve sui doveri verso se stessi e su quelli che chiamava doveri spogli [*barren duties*]. Ma non argomentava a partire da questo la priorità dei doveri sui diritti. Lo faceva da un punto di vista causale²⁸¹. In questo modo, il suo argomento era piuttosto chiaro e rigoroso – ed evitava di confondere il piano formale con quello della giustificazione.

sostenere che la relazione di equivalenza logica tra diritti e doveri sia sostanzialmente incompatibile con relazioni di tipo giustificatorio.

279Su questo punto vedi A. Gewirth, *Why rights are indispensable?*, “Mind” 95 (1986) e *Rights and duties*, “Mind” 97 (1988). Un argomento analogo era già stato accennato da R.B. Louden, *Rights infatuation and the impoverishment of moral theory*, “Journal of Value Inquiry” 17 (1983), p. 92 e da S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., p. 47.

280M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 40. Un autore che ha adoperato, sebbene soltanto in maniera implicita, questa strategia di separare la relazione di correlazione tra diritti e doveri da quella di giustificazione, è John Leslie Mackie, cfr *Can there be a right-based*, “Midwest Studies in Moral Philosophy” 3 (1978).

281Sulla correlazione, vedi *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III. Sul rapporto dei diritti come un rapporto causale vedi sempre *Pannomial fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III.

2.3.5 *Le possibilità di una priorità dei diritti*

In questo capitolo non ho cercato di sostenere che i diritti siano delle ottimi ragioni per giustificare norme. Può darsi che i diritti siano pessimi principi per innervare una struttura normativa, anche se ovviamente cercherò più avanti di dimostrare il contrario. Il punto che voglio portare a casa in questo capitolo è che i diritti *possono* essere principi e ragioni centrali per giustificare i doveri.

Questo è negato – addirittura *in linea di principio* – dai fautori del pregiudizio deontologico. E il dibattito tra questi e i sostenitori della irriducibilità dei diritti è spesso un litigio tra sordi. Da una parte si cerca di dimostrare la presenza di diritti senza doveri, o di doveri senza diritti – come se questo potesse intaccare l'assioma di correlazione inteso nella sua versione hohfeldiana, o come se l'assioma fosse il problema. Dall'altra, invece, di fronte ad argomenti volti a dimostrare l'originalità dei diritti rispetto ai doveri si risponde chiamando in causa l'assioma di correlazione hohfeldiano o la riducibilità di tutte le norme a elementi deontici, come se la questione fosse risolvibile su un piano analitico e formale. La verità è che non vi sono argomenti a questo livello per dimostrare che necessariamente i diritti sono riducibili ai doveri. Per dimostrarlo, ho tentato di far vedere da una parte come il ruolo dei diritti e delle obbligazioni sia distinto. E dall'altra ho cercato di mostrare come la questione della riduzione dei diritti ai doveri non possa essere risolta picchiando la testa contro una *verità analitica* asserita per stipulazione qual è l'assioma di correlazione hohfeldiano. Se veramente si vuole sostenere che vi sia una priorità dei doveri sui diritti (o viceversa), allora bisogna fare come Bentham: cercare di fornire ragioni – magari migliori di quelle di Bentham – per sostenere l'assioma di correlazione giustificatorio (2).

Ma in linea di principio esistono numerosi meriti dei diritti attraverso i quali si potrebbe considerarli prioritari rispetto ai doveri. Stando all'analisi hohfeldiana si è visto come parlare di diritti significa introdurre all'interno di un sistema normativo tutta una serie di informazioni che non sono necessariamente specificate in un puro sistema di obblighi. È grazie a queste informazioni che si garantisce la possibilità di aggiungere quegli elementi alla nostra teoria morale attraverso cui si può parlare di vittime, di torti e di pretese, concetti che di per sé possono anche rimanere non espressi all'interno di un quadro deontico. Questa caratteristica è stata efficacemente descritta da Richard Wasserstrom a proposito del razzismo di alcuni gruppi di bianchi degli stati meridionali degli U.S.A. nei confronti della popolazione di colore. Wasserstrom ha descritto come il semplice rispetto formale dei propri doveri nei confronti degli altri non equivalga a un atteggiamento in cui i doveri sono rispettati in funzione dei diritti di queste persone²⁸². Si è visto come Feinberg abbia

282R.A. Wasserstrom, *Rights, human rights and racial discrimination*, "Journal of Philosophy" 61 (1964).

Sull'argomento vedi anche C. Fried, *Right and wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978, p. 81.

sottolineato l'assenza di alcune funzioni moralmente rilevanti connesse col rivendicare e la pretesa in un mondo senza diritti. Ladenson, discutendo a proposito dei diritti-pretesa feinberghiani, ha sottolineato l'importanza di considerare anche un'altra classe di diritti²⁸³: quelli che sono avanzati non tanto per sottolineare un torto subito o un'attribuzione di colpa, ma per *giustificare* un dato comportamento²⁸⁴. Leif Wenar ha individuato sei funzioni fondamentali di questo tipo che non possono essere svolte efficacemente senza il riferimento agli elementi atomici hohfeldiani²⁸⁵. In particolare, coi diritti, si inserisce in un sistema normativa una dimensione di complessità ulteriore, in cui si garantisce ai soggetti il controllo e l'esercizio di alcune regioni dello spazio normativo in cui sono immersi²⁸⁶. Grazie ai diritti inoltre troviamo un sostegno per dare un significato non metafisico alla nozione di dignità umana. Queste e altre potenzialità del discorso sui diritti saranno prese in esame nei prossimi capitoli – e pertanto al momento è necessario frenare gli entusiasmi ed evitare di dare per scontato che si tratti di funzionalità realmente *originali*. Avendo mostrato l'errore alla base del pregiudizio deontologico si può ritenere conclusa la disamina delle obiezioni preliminari alla nozione di diritti morali. Da qui in poi sarà possibile procedere non più sulla difensiva, adoperando gli strumenti concettuali assemblati in queste pagine per costruire un modello di diritti che possa essere messo a confronto con le altre categorie di oggetti normativi. Il primo compito sarà quello di esaminare meglio i caratteri funzionali di quegli insiemi di elementi atomici hohfeldiani che danno luogo a un diritto specifico.

283R.F. Ladenson, *Two kinds of rights*, “Journal of Value Inquiry” 13 (1979). Questa particolarità importante posseduta da alcuni diritti di fornire una ragione giustificatoria per dati comportamenti era stata già riconosciuta da R.A. Wasserstrom, *Rights, human rights and racial discrimination*, op. cit., p. 630.

284Un diritto di questo genere si può vedere per esempio all'opera nel famoso argomento del violinista che J.J. Thomson dispiega nel suo *A defense of abortion*, “Philosophy and Public Affairs” 1 (1971), ristampato in *Rights, restitution, and risks: Essays in moral theory*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986.

285L. Wenar, *The nature of rights*, op. cit. Sull'argomento tornerò nel prossimo capitolo, in particolare nel paragrafo [3.3.1].

286J. Donnelly, *How are rights and duties correlative?*, op. cit.

3. *La funzione dei diritti specifici*

Per Hohfeld, come si è visto nel capitolo precedente, parlare nel linguaggio comune di diritti significa adoperare una nozione confusa e inconsistente. Per questo motivo, una volta individuata la costellazione di significati cui questo termine fa riferimento e tracciata la mappa delle relazioni concettuali tra essi, il giurista di Yale propone la soluzione di restringerne l'estensione a quella occupata dalle pretese. La ragione di ciò è che solo le pretese correlano con i doveri e, nell'opinione di Hohfeld, chi adopera il termine «diritti», anche nel contesto semanticamente più sfrangiato, intende comunque fare riferimento a un qualcosa di collegato con dei «doveri»²⁸⁷.

È inevitabile che una proposta del genere lasci insoddisfatti. Essa tace su quale sarebbe la funzione peculiare – o le funzioni, nel caso fossero più d'una – dei diritti. Non dice alcunché riguardo alle condizioni necessarie e sufficienti – e se queste si danno – per avere un diritto. Il suo slancio revisionista riguardo al linguaggio comune è sostenuto da una tesi poco articolata e la soluzione cui perviene nasce dalla semplicistica osservazione di un'associazione diffusa – ma apparentemente *contingente* – tra due concetti.

È per tutti questi motivi che nell'ambito della letteratura post-hohfeldiana sono sorte numerose teorie, le quali, pur facendo un ampio uso della analisi sintattica del giurista di Yale, hanno cercato di fornire soluzioni di più ampia portata. Una volta accettato che quei singolari oggetti normativi chiamati diritti sono costituiti da elementi atomici hohfeldiani, o da loro composti, questi tentativi teorici hanno provato a rispondere alle domande «quali elementi atomici o loro composti sono diritti» e «perché proprio questi elementi atomici o loro composti lo sono?». Questo capitolo analizzerà alcuni di questi approcci, esaminando un ventaglio di possibili risposte – alcune più convincenti, altre meno – alle due domande precedenti, e proponendo infine una soluzione autonoma al problema.

Prima di cominciare, però, due precisazioni. La prima riguardo all'oggetto della discussione di questo capitolo. La letteratura propone numerose dicotomie a proposito dei diritti (diritti passivi e diritti attivi, diritti *in rem* e diritti *in personam*, diritti speciali e diritti generali, diritti positivi e diritti negativi, ecc.). Una di queste è quella tra *diritti astratti* e *diritti specifici*²⁸⁸. Nei dettagli questa

287Così scrive Hohfeld (*Fundamental legal conceptions*, op. cit., p. 13): “una volta riconosciuto, come dobbiamo, il senso ampio e indiscriminato del termine «diritto», che indizio ritroviamo, nel discorso legale ordinario, al fine di limitare la parola in questione in modo che definisca un significato appropriato? L'indizio si ritrova nel correlativo «dovere», poiché è certo che anche chi adopera la parola e il concetto «diritto» nel senso più ampio possibile è abituato a pensare a «dovere» come il necessario correlativo”.

288Altre modi per descrivere questa dicotomia sono quelli che impiegano distinzioni tra «diritti centrali» e «diritti derivati», o tra «diritti basilici» e «diritti specifici». Non c'è accordo semantico a proposito, sebbene siano evidenti quali siano le esigenze comuni che si coagulano sotto tutte queste tipologie di distinzioni.

distinzione presenta sfumature diverse da un autore a un altro²⁸⁹, ma la sua funzione condivisa è quello di indicare la differenza tra un modo di riferirsi a un piano «macro» riguardo ai diritti («il diritto alla libertà di parola», «il diritto di praticare la propria religione») e quello che invece è un modo di riferirsi al piano «micro» dell'insieme di relazioni normative posseduto da un soggetto titolare. Se è vero che io possiedo un astratto diritto alla libertà di parola, per esempio, è anche vero che esso si concreta in una serie di diritti specifici particolari di cui sono titolare qui e ora, per questo e quel motivo, e che potrebbe cambiare al cangiare delle circostanze. L'oggetto di questo capitolo sono i diritti specifici: pertanto, ogniqualvolta scriverò nelle prossime pagine «diritti» sarà per fare riferimento a quest'ultima specie.

Il motivo per cui ho deciso di partire dai diritti specifici è presto detto. I diritti astratti svolgono due funzioni primarie, come si vedrà più avanti²⁹⁰: quella di rendere conto dell'aspetto *dinamico* posseduto da questo tipo di strutture normative (cui si è già avuto modo di accennare nel paragrafo [2.3.6]), e di elencare i principi su cui basare la tessitura della rete normativa formata dai diritti specifici²⁹¹. Entrambe queste funzioni dei diritti astratti danno per scontata una definizione dei diritti specifici e del loro ruolo in ambito normativo: due problemi che quindi devono essere risolti preliminarmente.

La seconda precisazione cui accennavo riguarda invece la struttura argomentativa del capitolo. Sulla contrapposizione tra teoria dell'interesse e teoria della scelta – i due approcci ortodossi al problema della definizione e della funzione dei diritti – la letteratura filosofica e giuridica ha oramai detto quasi tutto quello che c'era da dire. Le due posizioni hanno raggiunto da anni uno stallo, ed è difficile che si possa a riguardo trovare nuova linfa argomentativa per riaprire il dibattito. È per questi due motivi che ho scelto di dedicare a esse invece che l'intero capitolo – prendendo poi magari le difese di quella delle due che mi sembri la meno peggio – soltanto la prima parte, cercando di sintetizzare di ognuna i capisaldi teorici, i punti di forza, e i limiti critici. In questo modo ho potuto dedicare una fetta cospicua di queste pagine a esplorare i nuovi approcci teorici che si sono sviluppati negli ultimi dieci anni – i quali mi sembrano decisamente più promettenti – e, prendendo spunto da questi, a sviluppare successivamente una proposta autonoma.

289Generalmente si possono distinguere due modi diversi di vedere i diritti astratti nella loro relazione coi diritti specifici: o come ammassi di aggregati hohfeldiani che contengono i vari diritti particolari, o come costruzioni normative che giustificano, producono o bilanciano i diritti specifici. Sulla questione vedi il successivo capitolo [5], in particolar modo la serie di paragrafi [5.3].

290Nei capitoli [5] e [6], in particolar modo nella serie di paragrafi [6.3].

291Come scrive John Mackie: “[Lo] scopo [dei diritti astratti] non è che dovremmo, in generale, appellarci direttamente a essi per le decisioni pratiche, essi dovrebbero piuttosto servire come principi attraverso cui possiamo giustificare o criticare i diritti istituzionali su cui le decisioni pratiche saranno basate nello specifico (J.L. Mackie, *Rights, utility, and external costs*, in *Persons and values*, op. cit., pp. 222).

3.1 La teoria dell'interesse

La teoria dell'interesse è il primo approccio ortodosso al problema della definizione e della funzione dei diritti. Si è soliti attribuirne la paternità a Jeremy Bentham, per motivi di sistemazione storiografica e di ricerca di antenati illustri, più che per altro: Bentham non ha mai espresso in forma compiuta – e tanto meno era sua intenzione farlo – una teoria organica sul ruolo e le caratteristiche irriducibili dei diritti (che, come sappiamo, per Bentham si riducono alla categoria dei *diritti giuridici*), ma, tanto i fautori moderni della teoria dell'interesse, quanto i suoi detrattori, hanno formulato i capisaldi di questa posizione a partire da spunti recuperati nella colossale *opera omnia* del filosofo londinese.

Gli spunti sono questi: per Bentham, tutti i doveri a eccezione di quelli riguardo a se stessi e ai cosiddetti doveri sterili creano, simultaneamente alla loro istituzione da parte di una legge, dei diritti corrispondenti. Tutti i doveri sono dei *fardeelli* per chi è costretto a portarli a termine. I diritti, invece, secondo Bentham sono dei *benefici* posseduti da chi ne è titolato²⁹². Partendo da questi assunti sembra possibile trarre la conclusione per cui, come recita lo slogan coniato da David Lyons²⁹³, «avere un diritto significa essere il beneficiario di un dovere altrui». Ma quali doveri che creano diritti è giusto istituire? La risposta dei fautori di questo approccio è che è giusto istituire quei doveri che tutelano un qualche tipo di *interesse* del soggetto beneficiario.

3.1.1 I caratteri originali della teoria dell'interesse

Cercando una definizione in grado di cogliere un aspetto comune di tutte le posizioni che si rifanno alla teoria dell'interesse, si potrebbe dire che i diritti *riconoscono, esaltano e proteggono* determinati aspetti utili e benefici per un dato soggetto – aspetti che corrispondono quindi a un *interesse* particolare del soggetto. Questa definizione è ovviamente troppo poco specificata e lascia in incognito il valore di almeno quattro variabili. Chi sia questo soggetto anzitutto. Quali siano i caratteri di protezione ed esaltazione che un diritto esercita nei confronti di un interesse – quale sia, ovvero, il suo intervento fondamentale sull'interesse in questione. In che modo si articoli il rapporto tra diritti e benefici. E quali interessi meritino di essere riconosciuti, protetti ed esaltati da un diritto.

Riguardo alla prima variabile, se ci si attiene al dettato di Bentham, la teoria dell'interesse dovrebbe essere molto generosa. Bentham ammette cinque forme di crimini²⁹⁴, e i doveri creati dalle leggi che istituiscono tre di queste forme di crimini – crimini contro un individuo, contro una classe o gruppo di individui, contro la collettività intera – sembrano essere del tipo correlato coi diritti.

292 Come per esempio nei *Pannomial Fragments*, in *Works*, op. cit., vol. III, p. 259.

293 D. Lyons, *Rights, claimants and beneficiaries*, “*American Philosophical Quarterly*” 6-3 (1969).

294 *Principles of moral and legislation*, in *Works*, op. cit., vol. I, pp. 272-274.

Parrebbe pacifica quindi la possibilità di parlare di diritti posseduti da gruppi o da collettività: una caratteristica questa della teoria benthamita che è stata accettata da un teorico dell'interesse come Joseph Raz²⁹⁵, ma rifiutata da altri, come David Lyons²⁹⁶ e Neil MacCormick²⁹⁷.

L'intervento normativamente fondamentale di un diritto su un interesse è un'altra questione cui si possono trovare le risposte più disparate. La posizione benthamita a tal proposito è piuttosto chiara: a ogni diritto corrisponde un dovere – un dovere direzionato, o meglio ancora, hohfeldiano, nella nostra terminologia – ed è questo a costituire il carattere essenziale che un diritto aggiunge a un interesse. In questo modo la struttura formale essenziale di un diritto è identificata esclusivamente in quella della pretesa, e l'assioma di correlazione hohfeldiano stretto è accettato: una posizione questa fatta propria, per esempio, da uno dei teorici dell'interesse contemporanei più rigoroso, Matthew Kramer²⁹⁸. Altri autori ne sono stati invece critici: David Lyons, come già ricordato in precedenza²⁹⁹, ha ribadito che non è possibile non considerare le immunità nel novero dei diritti: poiché queste non correlano direttamente con doveri, il quadro normativo disegnato da Bentham³⁰⁰ (e non solo) ne esce complicato, attraverso l'adesione a quello che ho chiamato assioma di correlazione hohfeldiano allargato. Per MacCormick e Raz, invece, i diritti possono *preesistere* i doveri a essi congiunti. Come si è visto in [2.1.5] MacCormick è andato a caccia di esempi che potessero corroborare la sua tesi³⁰¹ e inficiare l'assioma di correlatività, mentre Raz ha esaltato invece la natura *produttiva* dei diritti. Questa fa sì che siano i diritti a *fondare* i doveri³⁰²: per questo l'assioma hohfeldiano è rifiutato, in virtù di un'adesione esclusiva all'assioma di correlazione giustificatorio (1). In entrambi gli ultimi casi, e in particolar modo in quello di MacCormick, non mi sembra che si abbia a che fare con tesi soddisfacenti. Esse confondono la relazione di giustificazione che può intercorrere tra diritti e doveri con la correlazione logica presente tra essi, che di per sé non ci dice alcunché a riguardo di quale elemento giustifichi l'altro: temi questi di cui ho parlato nella parte finale del precedente capitolo³⁰³.

L'idea che vi sia un rapporto peculiare tra diritti e benefici è uno dei tratti a primo avviso più convincenti della teoria dell'interesse³⁰⁴. Pure, come si vedrà a breve nel prossimo paragrafo, esso è

295 *The morality of freedom*, op. cit., p. 180.

296 *Rights, claimants and beneficiaries*, op. cit., p. 166.

297 *Rights in legislation*, op. cit., p. 192.

298 *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit.

299 Nel paragrafo [2.1.5].

300 D. Lyons, *The correlativity between rights and duties*, op. cit.

301 N. MacCormick, *Children's right: a test case for theories of rights*, op. cit.

302 J. Raz, *The morality of freedom*, op. cit., VII.

303 A questo proposito, un difensore della teoria dell'interesse come Penner nota che gli esempi di MacCormick volti a dimostrare una priorità dei diritti rispetto ai doveri che non sia solamente giustificatoria, ma anche logica e temporale, sono implausibili. Vedi J.E. Penner, *The analysis of rights*, "Ratio Juris" 10-3 (1997), p. 309.

304 Anche Hohfeld individua come caratteristica generica dei suoi elementi quella di essere degli «*advantages*» (*Fundamental legal conceptions*, op. cit., p. 38). C'è da dire a riguardo però che il termine *advantages* può essere adoperato in diversi contesti, anche alieni a quelli propri della teoria dell'interesse: un teorico della scelta come Carl

in realtà uno degli aspetti considerati più vulnerabili dai suoi critici. Dal momento però che questo è forse il fulcro più importante della teoria, non può essere abbandonato senza stravolgerne l'impianto.

L'ultima variabile presente all'interno di questo approccio, quali interessi meritino di essere riconosciuti, protetti ed esaltati da un diritto, conduce fuori dei confini formali del dibattito su che cosa sia un diritto. Non è possibile, infatti, rispondere a questo interrogativo senza una teoria riguardo a che cosa sia un interesse, parte di una teoria più generale sul bene.

3.1.2 Il ruolo dei diritti nella teoria dell'interesse

Entriamo più in dettaglio nei punti di forza e di debolezza di questa posizione, partendo proprio dall'ultimo aspetto affrontato nel precedente paragrafo. È stato numerose volte portato all'attenzione che la questione del legame tra diritti e interessi, se da una parte necessita di integrazioni esterne (una teoria sostantivata su che cosa sia un interesse), dall'altra è carente anche internamente, su un piano formale. Un primo problema che si potrebbe sollevare a riguardo è che gli interessi, comunque li si definisca, sono tanti e spesso non conciliabili tra loro: collegando diritti e interessi l'esito più probabile che si può ottenere sarebbe il caos normativo. Ma una simile obiezione è parziale, dal momento che nessuno di questi approcci ha mai preteso di associare in maniera biunivoca l'insieme dei diritti a quello degli interessi, e che niente vieta *a priori* che questi ultimi siano – almeno in linea teorica – ordinabili in modo da evitare conflitti irrisolvibili³⁰⁵. Se sussiste una criticità a riguardo, è semmai nel fatto che la teoria dell'interesse non è in grado di assicurare – per sua stessa natura – che il problema della proliferazione dei diritti e dell'inconsistenza delle rivendicazioni associate a essi sia necessariamente risolvibile: la questione è demandata oltre i confini della teoria stessa.

Un secondo problema, questo più serio, coinvolge il guadagno concettuale che si ottiene adoperando la nozione di diritti per come è descritta dalla teoria dell'interesse. Qual è l'apporto originale di questa nozione? A ben vedere, infatti, la teoria dell'interesse ci dice ben poco su quella che dovrebbe essere la funzione irriducibile dei diritti. Nelle versioni di Raz e McCormick i diritti sono la fonte dei doveri altrui basati su qualche interesse cruciale del soggetto: in questa maniera, la nozione di diritti sembra essere schiacciata su quella di interesse cruciale. Nelle versioni di Bentham e di Kramer, invece, i diritti sono pretese correlate coi doveri direzionati che garantiscono

Wellman impiega questa definizione pur partendo dai capisaldi del suo particolare approccio (vedi il successivo paragrafo [3.2.3] per la *will theory* di Wellman). Per una discussione sull'analisi hohfeldiana e i suoi rapporti con le teorie della scelta e dell'interesse vedi M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op.cit., p. 61 e J. Finnis, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 202.

³⁰⁵Su questo punto si rimanda al prossimo capitolo [4].

un beneficio al soggetto: e in questi casi la nozione è schiacciata su quella di dovere³⁰⁶. Ma se le cose stanno così, qual è la funzione decisiva dei diritti fuori di un contesto retorico³⁰⁷?

Le teorie dell'interesse si barcamenano con difficoltà nel tentativo di dare una risposta soddisfacente a questa domanda, incappando spesso in ambiguità. Recentemente però si è giunti a quella che è forse una soluzione decisiva a questo interrogativo, formulata da Penner. Questo autore fa sua una variante parzialmente emendata della teoria di Raz e MacCormick, il cui fulcro è che “una persona ha un diritto quando un dovere è imposto *col fine* di servire o proteggere il suo interesse”³⁰⁸. Così facendo è chiaramente impossibile ridurre i diritti ai doveri, dal momento che questi sono costruiti a partire dai primi; ma allo stesso modo non si schiaccia la nozione di diritti su quella di interessi, dal momento che la prima implica una prospettiva *relazionale*, assente nella seconda:

“Asserire un diritto è asserire una relazione tra alcune persone; non è la mera asserzione di un interesse molto importante. Un diritto è una ragione per l'azione di tipo differente rispetto a un interesse; un diritto è un interesse pesante abbastanza per fondare un dovere degli altri di rispettare questo interesse non solo per l'importanza che esso ha per l'individuo, *ma perché c'è una relazione del giusto tipo tra l'individuo e il titolare putativo del dovere tale per cui è appropriato che quest'ultimo debba avere questo dovere.*”³⁰⁹

Seguendo questo spunto si può quindi asserire che i diritti secondo la teoria dell'interesse si pongono come punto di mediazione tra diversi soggetti morali e i doveri e gli interessi che li contraddistinguono, esercitando una funzione autonoma e rilevante anche fuori di un contesto retorico.

3.1.3 Diritti, interessi e benefici

Come si è detto in precedenza, uno dei caratteri più appetibili della teoria dell'interesse è il suo collegare l'idea di diritti a quella di beneficio. Possedere un diritto significa possedere un bene di

306Si muovono in questa direzione le obiezioni di Hart (*Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit., pp. 181-2) e Jack Donnelly (*The concepts of human rights*, London, Croom Helm 1985, p. 12).

307Contesto in cui il linguaggio dei diritti, riducibile o meno, svolge un ruolo importantissimo. A scanso di equivoci bisogna infatti ammettere che il valore retorico insito nell'«assumere il punto di vista dei diritti» è una *Gestalt* decisiva. Sulla questione, vedi J. Finnis, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 205 e M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 39. Un utile contributo di analisi del piano retorico del *linguaggio dei diritti* in relazione al piano propriamente concettuale e normativo del *pensiero dei diritti* è quello di E. Simpson, *Rights thinking*, “Philosophy” 72 (1997).

308J.E. Penner, *The analysis of rights*, op. cit., p. 302.

309J.E. Penner, *The analysis of rights*, op. cit., p. 306. Questo argomento era già stato accennato da Alan Gewirth in *Why rights are indispensable*, op. cit., p. 334-5.

qualche tipo³¹⁰: e intuitivamente ciò è più che plausibile. Ma è anche fonte di aporie.

La prima e più discussa è quella del *beneficiario terzo*, introdotta nella letteratura da Hart³¹¹. Supponiamo che voglia farti una sorpresa, e per fare questo paghi un fioraio affinché domani recapiti al tuo indirizzo un mazzo di rose. In questa relazione triadica il fioraio contrae una obbligazione, io sono il titolare di un diritto-pretesa, e tu sei il beneficiario: un caso questo piuttosto evidente in cui avere un diritto non significa essere beneficiario di alcunché. L'aporia del beneficiario terzo è stata discussa ampiamente da numerosi altri autori oltre che da Hart³¹², e non è il caso di provare a riassumere qui il dibattito sviluppatosi. L'intuizione hartiana è stata considerata da alcuni (compreso lo stesso Hart) come un colpo fatale alla teoria dell'interesse. Per altri, come uno scoglio teorico assai difficile da doppiare, ma che comunque non inficia la bontà complessiva di questo approccio. Per altri ancora, come uno pseudo problema. A mio avviso, l'argomento dimostra l'impossibilità di difendere la teoria dell'interesse nella sua più cruda formulazione (quella per cui avere un diritto non significa altro che essere il beneficiario di un dovere altrui). Questa va raffinata con la distinzione posta in precedenza tra doveri hohfeldiani e obbligazioni. Nel caso del beneficiario terzo le due strutture normative hanno infatti diverse direzioni. Essere il beneficiario di un'obbligazione non basta per essere considerati titolari di un diritto, essere il beneficiario di un dovere hohfeldiano invece sì. Mi sembra infatti difficilmente contestabile che nell'esempio precedente, nonostante il beneficio maggiore vada a chi riceve regalo, sia comunque un mio *interesse* che il fioraio consegni le rose.

La seconda aporia legata al rapporto tra beneficio e diritto deriva dal fatto che possedere un diritto specifico non è sempre un bene. Ci sono molti generi di diritti che sono neutri, o addirittura svantaggiosi. È il caso per esempio del mio diritto-libertà a martellarmi un piede. O del diritto-immunità nei confronti del mio vicino di casa che ha per contenuto la *sua impossibilità* di cancellare i *miei* obblighi di pagare le tasse.

Molti autori legati alla teoria dell'interesse limitano il novero dei diritti a quelli incentrati sulle pretese, e in questo modo possono escludere gli esempi precedenti, e più in generale quelli connessi ai diritti-libertà e diritti-immunità, strutture normative che rendono lecita una massa di azioni generalmente neutrali, ma a volte anche contrarie agli interessi del titolare. Il problema è che anche

310Vedi a tal proposito MacCormick, *Right in legislation*, op. cit., p. 204.

311H.L.A. Hart, *Are there any natural rights?*, op. cit.

312Sempre di Hart si può vedere *Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op.cit., pp. 187-8; per quanto riguarda il dibattito portato avanti da altri autori vedi: N. MacCormick, *Rights in legislation*, op. cit., pp. 208-9; S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., pp. 28-9; J. Finnis, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 203; H. Steiner, *An essay on rights*, op. cit., pp. 61-5; A. White, *Rights*, op. cit. p. 63; M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 66-8; F. Kamm, *Intricate ethics*, op. cit., pp. 242-4; G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., pp. 152-3; T. Campbell, *Rights*, op. cit., p. 46; G. Sreenivasan, *A hybrid theory of claim-rights*, "Oxford Journal of Legal Studies" 25 (2005), pp. 262-7; G. Sreenivasan, *Duties and their direction*, op. cit., p. 485.

i diritti-pretesa possono essere delle armi a doppio taglio. Ho un diritto-pretesa, per esempio, che tu non tagli l'erba nel mio prato. Ma dubito che questo diritto serva i miei interessi.

Come ricordano i teorici dell'interesse, non bisogna prendere alla lettera l'affermazione per cui un diritto è sempre qualcosa di vantaggioso. Spesso a essere utile è lo schema generale di cose promosso dal diritto, più che il diritto stesso. “Alcune *hereditates* possono essere *damnosae*,” scrive per esempio Neil MacCormick, “ma il nostro modo di vedere la legge di successione come qualcosa che concede «diritti» di successione è basato sulla ferma supposizione che la maggior parte non lo è”³¹³. In questo modo però si è scinde e si rende liquido il rapporto tra diritti e benefici – e in senso lato interessi – che è alla base dell'intero approccio, svuotando così la portata esplicativa della teoria. Per lo stesso motivo appare poco convincente il suggerimento di Kramer secondo cui “quando dei diritti putativi sono generalmente nocivi per le persone che li possiedono, non dovrebbero essere classificati come diritti”³¹⁴, poiché ciò spalancherebbe la porta all'arbitrarietà.

Ma anche pagando lo scotto di questo allentamento teorico, rimangono comunque altri tre problemi. Il primo è che esistono dei diritti – e mi riferisco in particolar modo a quei diritti *appaiati a doveri* o a quei diritti *connessi a un ruolo* – che non sono istituiti per promuovere l'interesse del titolare, o almeno non esclusivamente il suo: è il caso per esempio del diritto-potere di un ufficiale di procedere a un arresto, del diritto-libertà di un giudice di emettere una sentenza, del diritto-pretesa di un cittadino di andare a votare laddove questo sia anche un dovere. Tutti questi diritti non possono essere spiegati efficacemente nel contesto della teoria dell'interesse, anche allentando il nesso tra diritti e beneficio³¹⁵.

Il secondo problema è che una volta affermato che la caratteristica centrale di un diritto è quella di fornire la protezione o la giustificazione di un interesse del suo titolare non si sono ancora fornite le condizioni necessarie e sufficienti per avere un diritto. Anche il contenuto di alcuni doveri può essere infatti benefico per chi è vincolato a seguirli, ma questa caratteristica non fa di essi – almeno secondo il vocabolario comune – dei diritti³¹⁶. E lo stesso si può dire per certe soggezioni (si pensi alla soggezione di essere sottoposti al *potere altrui* di donare), incapacità e non-pretese.

L'ultimo problema, infine, è che esiste una classe di diritti la cui origine non consegue o non è giustificata da un interesse: i diritti che derivano per esempio dall'esercizio di alcuni determinati

313N. McCormick, *Rights in legislation*, op. cit., pp. 204-5.

314M. Kramer, *Right without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 95

315C'è comunque chi ha negato, a partire dalla tesi hohfeldiana per cui i diritti siano esclusivamente pretese, che questo genere di diritti, essendo diritti-potere, possa essere chiamato in causa. Vedi a tal proposito Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op.cit., pp. 9-14 e 93.

316Il problema è stato sollevato da R. Cruft nel suo articolo *Why aren't duties rights?*, “The Philosophical Quarterly” 56 (2006), dove si mostra tra le altre cose come la domanda posta come titolo possa sembrare oziosa senza esserlo affatto. Alcuni teorici dell'interesse come Kramer hanno pronta una risposta a questa problema, dal momento che una delle premesse che pongono è quella che avere un diritto significhi sempre avere un *diritto-pretesa*. Ma per chi è intenzionato invece ad adottare una teoria dell'interesse più estesa la questione non può essere considerata risolta.

diritti-poteri. Se, per esempio prometto, di mia iniziativa, di regalarti dieci euro per andare al cinema, la mia obbligazione nei tuoi confronti non è generata dal tuo interesse per il film proiettato o per l'arte cinematografica in generale, ma piuttosto dalla mia pura volontà. Sono proprio questo tipo di oggetti normativi – poteri esercitabili a partire da una volontà – che secondo la teoria della scelta, che procederò adesso a esaminare, sono da considerarsi come diritti.

3.2 La teoria della scelta

La teoria della scelta nasce storicamente in contrapposizione alla teoria dell'interesse, e più in specifico come un tentativo di fornire un resoconto sul ruolo normativo dei diritti in grado di aggirare le aporie di questa. Il suo padre H.L.A. Hart, oltre ad aver formulato contro la teoria dell'interesse l'argomento del terzo beneficiario, sosteneva che, accogliendo l'opinione per cui avere un diritto significherebbe essere il beneficiario di un dovere altrui, si è costretti a spogliare la nozione di diritti da ogni originalità rispetto a quella di dovere. Come si è visto in precedenza esistono varie contromosse per rintuzzare questo argomento: ciononostante Hart e molti altri dopo di lui sono partiti da qui per elaborare una proposta teorica alternativa che ha preso il nome di teoria della scelta [*choice theory*] o, con sfumature diverse, di teoria della volontà [*will theory*].

L'idea centrale di questo approccio è che i diritti sono *scelte protette*: un soggetto è titolare di un diritto quando controlla uno spazio di libertà costituito da due o più opzioni disponibili. Al posto degli interessi la teoria della scelta pone come valore centrale per definire un diritto l'autonomia. Per questo motivo questo approccio si configura come una teoria generale circa la distribuzione della libertà tra i soggetti. Questa associazione tra diritti, libertà e autonomia testimonia l'«ispirazione kantiana» della teoria della scelta³¹⁷ e di numerosi dei suoi aderenti³¹⁸.

3.2.1 I caratteri originali della teoria della scelta

Nella versione originaria della teoria data da Hart i diritti sono senza ombra di dubbio irriducibili per funzionalità ad altre strutture normative: essi, e solo essi, rendono il soggetto morale “un sovrano su piccola scala”³¹⁹. Un altro autore inserito in questa tradizione, Hillel Steiner, sostiene, riprendendo a proposito uno spunto lockeano, che “tutti i diritti sono diritti di proprietà”³²⁰, poiché tutti i diritti ricalcano il tipo di controllo che siamo soliti associare all'esercizio della proprietà. Questo accade, secondo i teorici della scelta, in virtù della particolare struttura molecolare che contraddistingue un diritto da altri tipi di aggregati hohfeldiani. I diritti sono definiti da questo approccio come capacità di esercitare un qualche grado di controllo su un dovere altrui, e implicano

317Ispirazione che si ritrova già nell'articolo *Are there any natural rights?*, op. cit. di H.L.A. Hart, dove si pongono le basi della discussione successiva riguardo alla teoria della scelta. Per un'analisi più approfondita delle radici kantiane di questo approccio vedi Simmonds, *Rights at the cutting edge*, in *A debate over rights*, op. cit., pp.134-138. Per la compatibilità della caratterizzazione dei diritti kantiana rispetto alla teoria di Hart vedi invece A.L. Mulholland, *Kant's system of rights*, op. cit., p. 193.

318È diventato a tal proposito molto comune ricondurre la dicotomia tra teoria della scelta e teoria dell'interesse nell'alveo della più generale contrapposizione contemporanea tra teorie deontologiche (di matrice generalmente kantiana) e teorie consequenzialiste (di matrice generalmente utilitarista). Questa classificazione, sebbene non priva di un certo fascino, non deve comunque trarre in inganno di fronte ai casi individuali, poiché è semplicistica. Alcuni proponenti della teoria della scelta, come Sumner, basano infatti la propria difesa di questo quadro teorico su una cornice di stampo consequenzialista.

319*Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit., p. 183. Su una linea analoga procedono altri autori inseriti in questa tradizione: Wellman per esempio parla di «dominio», e Sumner di «autonomia entro un dominio».

320H. Steiner, *An essay on rights*, op. cit., p. 93.

pertanto sempre oltre che una pretesa anche un potere³²¹, nonché la connessa libertà di esercitare quest'ultimo. Grazie a questa peculiare identificazione la teoria della scelta dà luce a sviluppi interessanti.

Anzitutto, come già accennato, la teoria della scelta garantisce senza alcuna ambiguità una funzione originale e forte per i diritti all'interno di un sistema normativo: quella di allentare le rigide maglie deontiche del sistema, decentrando e moltiplicando i centri di potere da una parte, dividendo e distribuendo gli spazi di libertà e autonomia dall'altra. Secondariamente, la teoria della scelta permette, o almeno sembrerebbe farlo, di rendere giustizia a quello che è il vocabolario solitamente associato ai diritti; essa si adatta per esempio alla perfezione con le nostre intuizioni che i diritti siano – proprio in virtù del fatto che li «possediamo» – strutture normative vive, passibili di essere *esercitate, rivendicate* o *accantonate* secondo la nostra volontà. La teoria dell'interesse – è una critica questa mossa in particolare da Steiner³²² – dà origine a sistemi di diritti *paternalistici* poiché in essa non c'è la necessità *a priori* di garantire uno spazio di controllo e di autonomia ai singoli soggetti, cosa che invece è ovviamente impensabile per un sistema generato a partire dalla teoria della scelta. Allo stesso modo, come si è detto in precedenza, non c'è alcuna ragione di natura formale per cui un sistema di diritti costruito a partire dalla teoria dell'interesse debba dar luce a un quadro deontico *consistente*. La teoria della scelta invece non ha questo problema: per sua stessa natura non può che produrre sistemi normativi ordinati, poiché il suo scopo è quello di dividere tra vari soggetti un unico tipo omogeneo di bene – la libertà – e non una moltitudine di beni dipendenti dal contesto e dalle preferenze – gli interessi. La teoria della scelta, infine, è sicuramente più elegante e snella della sua rivale: quest'ultima dipende in maniera cruciale da una teoria sostantivata riguardo al bene per definire che cosa sia un diritto e che cosa non lo sia, mentre invece la teoria della scelta si basa su criteri esclusivamente interni³²³. E in questo modo, elude ogni difficoltà in cui invece va in contro la teoria dell'interesse nei confronti di quei diritti che non sembrano avere alcun beneficio per il soggetto titolare.

3.2.2 I limiti della teoria della scelta

Da quanto si è detto nel precedente paragrafo sembrerebbe che la contrapposizione tra i due approcci sia facilmente risolvibile in favore alla teoria della scelta. Ma la situazione non è così semplice. La definizione dei diritti come scelte protette, oltre che caratteristiche ammirabili, genera anche conseguenze normativamente ambigue che non rendono scontato l'esito di un confronto tra le

321 Sulla questione vedi H.L.A. Hart, *Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit., pp. 183-4 e C. Wellman, *A theory of rights*, op. cit., p. 199.

322 *Working rights*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 286-7.

323 Questo punto è ribadito per esempio da Simmonds, *Rights at the cutting edge*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 217.

due teorie rivali.

Anzitutto, è facile constatare come lo spazio dei diritti tracciato dalla teoria della scelta non sia altro che un sottoinsieme possibile dello spazio che la teoria dell'interesse può disegnare. Semplicemente, la teoria della scelta limita gli interessi individuali meritevoli di essere tutelati a un solo genere, quello legato all'autonomia³²⁴. Dire ciò non significa negare gli aspetti più originali di questa posizione: ma quantomeno porta a presumere che parte di questi aspetti originali possano essere fatti propri anche da alcune varianti della teoria dell'interesse³²⁵.

Secondariamente, proprio perché lo spazio normativo che disegna è molto più ristretto rispetto a quello della teoria dell'interesse, la teoria della scelta sembra incontrare delle difficoltà nel riconoscere determinate strutture normative che intuitivamente siamo disposti a considerare «diritti». Hart ammette questo problema nei confronti delle immunità, ma c'è da dire a riguardo che svariati autori³²⁶ – compresi alcuni critici di questo approccio – hanno riconosciuto la possibilità di costruire diritti-immunità a partire dalla teoria della scelta. Questa possibilità non sembra esserci però per quanto riguarda tutti i diritti non esercitabili. In questa categoria cadono tre gruppi di strutture normative che siamo solitamente pronti a riconoscere come diritti:

- I *diritti passivi* (tutti quei diritti su cui il soggetto non ha a disposizione il potere di rinunciarvi).
- I *diritti inalienabili* (tutti quei diritti che non possono essere violati).
- I *diritti-dovere* (i diritti il cui contenuto è anche un dovere del soggetto titolare).

Si è già visto come quello dei diritti-doveri sia un problema che affligge anche la teoria dell'interesse³²⁷. Ma un approccio basato sulle scelte protette assomma all'incapacità di trattare con questi oggetti normativi altri difetti. Anche negli altri due casi, infatti, il soggetto titolare non è in grado di esercitare alcuna libertà o potere nei confronti dell'oggetto del diritto – che pertanto non può essere considerato tale secondo la teoria della scelta. Un teorico della scelta coerente, per

324Su questo punto, J.E. Penner, *The analysis of rights*, op. cit., p. 303.

325Il dibattito tra autori che ritenevano i diritti qualcosa di necessariamente correlato con l'esercizio e la tutela di determinate scelte, e altri che invece sostenevano che vi siano diritti sui quali l'agenti non abbiamo alcun controllo, nonostante possa sembrare esclusivo appannaggio della discussione sollevata di recente dalla teoria della scelta, è in realtà vecchio almeno quanto la stessa idea di diritti soggettivi. Discutendo della polarità di posizioni a riguardo presente agli inizi del '500, Richard Tuck nota che “di già, all'inizio del sedicesimo secolo, sembra che ci troviamo di fronte a un argomento ripetutamente ricorrente nella storia delle teorie dei diritti: la questione della relazione tra (nella terminologia di David Lyons) diritti «attivi» e «passivi»” (*Natural rights theories*, op.cit., p. 5).

326È il caso per esempio di MacCormick (*Rights in legislation*, op. cit., p. 195), Simmonds (*Rights at the cutting edges*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 227) e Rainbolt (*The concept of rights*, pp. 100-1).

327Hart (*Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit., p. 174) sembra ammettere nel novero dei diritti i diritti-doveri, come quelli posseduti per esempio da un poliziotto con un mandato di arresto: ma di come sia possibile renderne conto all'interno della sua teoria della scelta non ne fa menzione.

esempio, è costretto ad ammettere che il diritto di una persona a non essere ridotta in schiavitù o di una donna di non essere stuprata non sono diritti in senso stretto, poiché il soggetto titolare non ha alcun potere sulla obbligazione corrispondente: con la conseguenza moralmente indigesta di dover ammettere che la riduzione in schiavitù o lo stupro sono azioni che non violano alcun diritto.

Hillel Steiner ha cercato di difendere questo aspetto della teoria della scelta³²⁸. Esso è paradossale, secondo Steiner, soltanto dando per scontata la teoria dell'interesse. Mi sembra più plausibile invece ammettere che riguardo a questo punto la teoria dell'interesse riesca a rendere conto di una buona fetta delle nostre intuizioni sia pratiche, sia morali, che sfuggono alla presa della teoria della scelta. In ogni caso, anche se fosse vera l'accusa di circolarità sollevata da Steiner, rimarrebbe il nodo dei diritti-doveri. Un membro delle forze dell'ordine non solo ha il diritto di eseguire un arresto di fronte alla flagranza di un crimine, ha anche il dovere di farlo: e questo genere di diritti-doveri non è facilmente assimilabile per un teorico della scelta. La caratteristica chiave per riconoscere un diritto proposto da questo approccio – la presenza di *opzioni* di fare o di disporre – non sembra essere insomma una caratteristica necessaria e sufficiente di tutti i diritti, ma soltanto di alcuni.

Come del resto neanche l'antipaternalismo di cui si è accennato sopra sembra essere una caratteristica esclusiva e imprescindibile della teoria della scelta. Alcuni diritti che non sono da considerarsi tali secondo questo approccio difendono lo spazio di autonomia del soggetto titolare, e sono quindi antipaternalistici: è il caso, per esempio, del consenso informato, che è un diritto *a esercitare*, ma non è esso stesso *esercitabile*.

3.2.3 Il problema del soggetto

La presa di coscienza del fatto che, così come i diritti non sono necessariamente interessi protetti, allo stesso modo non possono essere ridotti a scelte protette, è alla base di una variante della teoria della scelta che è la teoria della volontà [*will theory*] di Carl Wellman. Secondo Wellman un diritto è un

“vantaggio cui il titolare può appellarsi nell'evento di una qualche possibile disputa con una o più seconde parti. È vantaggioso non necessariamente perché il suo possesso è beneficiale al titolare, ma nel senso che favorisce la sua volontà in un confronto faccia a faccia con la volontà di una seconda parte.”³²⁹

In questa maniera Wellman è in grado di allargare la portata esplicativa della sua teoria in modo

328H. Steiner, *An essay on rights*, op. cit., pp. 64-73.

329*Real rights*, op. cit., pp. 91-2.

da comprendere sia tutto l'ampio insieme di quei diritti che non possono dirsi chiaramente beneficiari per il loro titolare, sia i diritti-doveri.

La teoria di Wellman, sviluppata lungo un vasto numero di pubblicazioni, ha numerosi altri aspetti che la rendono una costruzione originale e singolarmente affascinante nel panorama delle teorie dei diritti (lo si è già visto a proposito della concezione molecolare nel paragrafo [2.2.6]), che però non è necessario qui affrontare. Quello che mi interessa mostrare è piuttosto che essa, nonostante sia l'emendazione della teoria della scelta più solida in circolazione, non riesce comunque a sfuggire al problema più pressante di questa famiglia di teorie, lasciato fin qui in disparte: il problema del soggetto.

Wellman, infatti, avanzando l'idea che i diritti siano *argomenti decisivi* per districare un conflitto pratico, abbandona solo una delle tesi forti della teoria della scelta – che i diritti siano scelte protette – ma non il suo assunto centrale, ovvero che essi dipendano sempre da una *volontà*, da un agente, ovvero, capace di far valere le sue pretese. In questo modo la sua teoria, deve, come del resto tutte le varianti della teoria della scelta, restringere il campo dei possibili titolari di diritti unicamente a quei soggetti capaci di esercitare la propria volontà: in pratica, soltanto agli esseri umani adulti in pieno possesso delle proprie facoltà razionali. Secondo la teoria della scelta, infatti, la capacità di possedere diritti è determinata in maniera decisiva da fattori come l'età, la salute fisica e mentale e la specie. Discutendo della esclusione dei bambini dal novero dei titolari di diritti, Wellman ammette francamente le difficoltà di accettare una prospettiva del genere:

“Riconosco che questa conclusione è molto controintuitiva. In effetti, quando John Kleinig per primo mi ha indicato questa implicazione del mio concetto di diritti, ho passato un periodo di crisi intellettuale ed emotiva. Come potevo evitare questa conclusione mostruosa?”³³⁰

Wellman ovviamente non vuole dire che è moralmente permessibile uccidere bambini o schiavizzare le persone con deficit mentali. Ciò che sta onestamente ammettendo è che adottando la teoria della scelta dobbiamo restringere il campo dei titolari dei diritti. Questo significa che dobbiamo rivedere le nostre intuizioni preteoretiche e ridefinire il nostro vocabolario?

La teoria della scelta, da questo punto di vista, si pone in maniera decisamente revisionista nei confronti del senso comune. Riguardo alla questione della normatività giuridica e del vocabolario che essa adotta a proposito dei diritti, la volontà revisionista di questa teoria è ancora più

³³⁰*Real rights*, op. cit., pp. 113-4. Anche Hart era consapevole di questa conseguenza della teoria della scelta, ed era pronto ad accettarla, almeno per quanto riguardava l'ambito della normatività giuridica (*Are there any natural rights?*, op.cit., p. 181).

megalomane, dato che si pone in contrasto con la pratica moderna di tutto il diritto occidentale e non solo. Ma non è questo il vero problema. Ci sono molti argomenti a sostegno dell'idea che restringere il campo dei titolari di diritti sia una mossa con conseguenze pratiche non neutrali, soprattutto per quanto riguarda il caso dei bambini³³¹. Come sosteneva Swift in *A modest proposal*, ci sono molti motivi per preoccuparsi del benessere di un bambino, non ultimo quello di assicurarsi che sia abbastanza sano e pasciuto per fare da banchetto a un ricco signorotto inglese. Riconoscere diritti a un bambino significa al contrario attribuirgli un valore morale particolare che può giustificare il suo benessere senza ricorrere ad argomentazioni di natura strumentale, o comunque derivate. Non riconoscerglieli implica invece che lo stesso atto compiuto su un adulto non è dal punto di vista morale la stessa cosa se compiuto su un bambino.

Queste considerazioni dovrebbe bastare a mostrare che, lungi dall'essere un approccio esclusivamente formale, la strada imboccata dalla teoria della scelta ha delle profonde ricadute normative. L'essere presente tra i titolari possibili di diritti è una caratteristica che condiziona pesantemente lo statuto normativo di un soggetto e pertanto non può essere ridotta a una questione, peraltro poco giustificata, di mutare vocabolario. Da un punto di vista interno la teoria della scelta non è contraddittoria sulla questione. Pure essa ha il difetto non solo di adottare una posizione radicalmente revisionista riguardo alle nostre intuizioni preteoretiche, ma anche di operare con scarse giustificazioni una scelta sostantivata forte, che difficilmente può essere sostenuta con coerenza uscendo fuori di un perimetro formale.

331 Neil MacCormick, in un articolo molto citato (*Children rights: a test case for theories of rights*, op. cit.) propone di adoperare quest'ultima questione come un metro di giudizio per valutare la plausibilità di una teoria sui diritti.

3.3 Oltre le teorie dell'interesse e della scelta

Le teorie dell'interesse e della scelta occupano ancora un posto centrale nel dibattito filosofico sulla funzione dei diritti, ma questo dibattito, come si diceva in apertura di capitolo, è entrato in una fase di stallo da più di un decennio. Non dovrebbe sorprendere quindi, se a fianco delle due opzioni ortodosse siano fiorite delle «terze vie» elaborate da chi non si è contentato di scegliere quale, tra la teoria della scelta e la teoria dell'interesse, paia la più difendibile, ma ha ritenuto invece il clima idoneo per la ricerca di una nuova rotta filosofica.

Quasi tutti questi tentativi sembrano essere promettenti, sebbene lontani dall'aver raggiunto una strutturazione realmente organica. Il principale merito di queste teorie è stato quello di aver escogitato modi con cui afferrare il fenomeno dei diritti nei lati in cui le due teorie classiche non sono in grado di intervenire. Una caratteristica comune di queste proposte, infatti, è quella di avere una *portata esplicativa* superiore rispetto alle teorie dell'interesse e della scelta.

3.3.1 La teoria delle funzioni multiple

La teoria delle funzioni multiple è un tentativo di fornire una nuova analisi dei diritti elaborato da Leif Wenar principalmente in un articolo del 2005³³². Un'idea di questo genere era già stata avanzata una quindicina di anni prima da James Nickel³³³, ma è Wenar che ha costruito la teoria a prima vista più consistente a riguardo.

L'idea di Wenar è che le due teorie ortodosse siano entrambe troppo restrittive³³⁴. La causa della ristrettezza delle due teorie ortodosse è da ricercare, secondo Wenar, nel fatto che entrambe danno una lettura mono-funzionale dei diritti, mentre al contrario questi sarebbero contraddistinti da una pluralità di funzioni. Il pregiudizio monofunzionale delle due teorie ortodosse è frutto del carico normativo che esse si sobbarcano a causa dell'eredità welfaristico-benthamita da una parte, e deontologico-kantiana dall'altra. La teoria delle funzioni multiple vuole invece liberarsi da ogni zavorra normativa, e cercare una proposta che sia più inclusiva e coerente con l'uso comune di questa nozione. La particolarità più evidente della teoria delle funzioni multiple è che essa rinuncia del tutto a rintracciare un'unica condizione necessaria e sufficiente per avere un diritto³³⁵. I diritti sono costruzioni storiche, e le ragioni per cui hanno assunto la forma che hanno assunto sono contingenti.

332L. Wenar, *The nature of rights*, op. cit.

333Vedi J. Nickel, *Making sense of human rights. Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*, University of California Press, Berkeley 1987, pp. 19-26.

334“Accettiamo diritti che non definiscono spazi di libertà (come la teoria della scelta sostiene); e accettiamo diritti il cui scopo non è (come la teoria dell'interesse sostiene) promuovere gli interessi del titolare” (*The nature of rights*, op. cit., p. 224).

335Come scrive Wenar: “non vi è una singola funzione che tutti i diritti hanno, come non vi è una singola funzione per tutti i pezzi di mobilio, e una funzione per tutti i giochi” (*The nature of rights*, op. cit., p. 248).

Secondo Wenar sono sei le funzioni fondamentali che i diritti possono avere.

- Conferire una *esenzione*. È la funzione che accompagna una libertà.
- Conferire una *discrezionalità*. È la funzione che accompagna le libertà appaiate.
- Garantire una *protezione*. Può trattarsi di protezione nei confronti di un danno, oppure dal paternalismo. È la funzione che accompagna le immunità, e certe pretese.
- Fornire un *bene*. È la funzione che accompagna certe pretese.
- Garantire una *prestazione*. È la funzione che accompagna certe pretese.
- Conferire una *autorità*. È la funzione che accompagna un potere e i poteri appaiati.

Non tutti gli elementi hohfeldiani o gli aggregati di questi svolgono una o più di queste funzioni. Questi elementi e aggregati non possono essere chiamati diritti. Per tutti gli altri, invece, è possibile adoperare questa nozione. In questo modo, secondo Wenar, la teoria delle funzioni multiple evita di riconoscere come diritti insiemi di elementi hohfeldiani che difficilmente possono qualificarsi come tali – per esempio l'immunità che il nostro barista di fiducia non possa assegnarci una pensione pubblica, o la libertà di non colpire con un pugno in faccia il primo passante che incontriamo. Ma allo stesso tempo essa è maggiormente inclusiva rispetto alla teoria della scelta e a quella dell'interesse, poiché è capace di riconoscere i diritti che i due approcci ortodossi non sono in grado di riconoscere, compresi quelli non riconosciuti da entrambi, come i diritti doveri, i diritti legati a un ruolo, o i diritti discrezionali che non coinvolgono poteri e non sono beneficiari per il titolare: diritti-libertà come per esempio il diritto di un genitore di castigare i propri figli.

La teoria di Wenar è stata sottoposta a un vaglio attento e a critiche serrate da Kramer e Steiner³³⁶. Dopo alcune osservazioni sul quadro hohfeldiano revisionato delineato da Wenar, i due critici avanzano la tesi per cui la teoria delle funzioni multiple non sia altro che una variante – peculiarmente fiacca – della teoria dell'interesse. In particolare, le debolezze dell'approccio wenariano sarebbero riconducibili al suo rifiuto della tesi hohfeldiana per cui solamente le pretese – e gli aggregati contenenti queste ultime – possano essere definiti come diritti.

Il tentativo di riassorbire all'interno della teoria dell'interesse l'approccio wenariano è sotto alcuni aspetti convincente, ma essendo concepito come svalutazione, finisce per peccare di troppi pregiudizi – soprattutto laddove si adoperano posizioni preconcepite e stipulative, come l'identificazione esclusiva dei diritti con le pretese, per criticare una posizione che punta a essere il meno revisionista possibile. Wenar, come si è detto in precedenza, vede nella nozione di diritti una

336M. Kramer & H. Steiner, *Theories of rights: is there a third way?*, "Oxford Journal of Legal Studies" 27 (2007).

struttura creatasi in maniera contingente durante un lungo arco storico, e rinuncia per questo motivo a ogni intento linguisticamente ricostruttivo, limitandosi a fornire un'istantanea descrittiva di quello che i diritti sono oggi. C'è da chiedersi piuttosto se questo non costituisca un limite speculare all'eccesso revisionista delle teorie ortodosse. A tal proposito si potrebbero citare esempi di strutture normative – doveri e incapacità³³⁷ – che svolgono una delle sei funzioni wendleriane. Secondo la teoria delle funzioni multiple, nonostante non vi siano ragioni di matrice teorica per negare a queste strutture normative la dicitura di diritti, essa non sarebbe comunque appropriata in questi casi, per motivi contingenti di tradizione e vocabolario: uno spartiacque filosofico, in questo caso, un po' debole.

3.3.2 *La teoria del vincolo giustificato*

La teoria sostenuta da George Rainbolt – la teoria del vincolo giustificato – ha come tesi centrale che i diritti siano vincoli normativi giustificati all'agire altrui. Anche Rainbolt costruisce il suo approccio partendo dall'osservazione che la discussione sui diritti si trova bloccata in uno stallo concettuale tra la teoria dell'interesse e la teoria della scelta, le quali sembrano afflitte da problematiche croniche che non permettono di scegliere l'una al posto dell'altra. La proposta alternativa di Rainbolt nasce dall'osservazione che soltanto due elementi della tavola hohfeldiana cadono nella categoria generale dei *vincoli*: le pretese e le immunità. Ma che cosa è un vincolo?

Rainbolt definisce un vincolo come “qualcosa che restringe o limita le azioni di una persona”³³⁸. Esistono molti tipi di vincoli, assai diversi tra loro: vincoli fisici legati alle leggi della fisica, vincoli logici legati alle leggi della logica, e – assume Rainbolt – vincoli normativi legati alle leggi riguardo come ci dovremmo comportare, sulla base di differenti tipi di normatività, legale, morale, ecc. Tutti i diritti sono forme di vincolo normativo, ma non tutti i vincoli normativi sono diritti. La teoria del vincolo normativo giustificato infatti definisce i diritti come quelle strutture che danno origine a un vincolo se e solo se:

- (i). Il vincolo è un vincolo direzionato: nella fattispecie, se esso dà luogo a un dovere hohfeldiano oppure a una incapacità hohfeldiana.
- (ii). Una caratteristica del soggetto cui il vincolo è direzionato è la ragione del dovere hohfeldiano o dell'incapacità hohfeldiana in questione.

³³⁷Ci sono doveri garantiscono una protezione nei confronti del danno: il dovere di allacciare le cinture di sicurezza. E, allo stesso modo, si possono dare incapacità che conferiscono una esenzione: l'incapacità, secondo l'ordinamento legale, di un minore di votare o di pagare le tasse.

³³⁸*The concept of rights*, p. 26.

In questa maniera, è possibile estrapolare che per Rainbolt un diritto è un qualsiasi aggregato di elementi atomici hohfeldiani che contenga almeno una pretesa o una immunità giustificata a partire da una caratteristica del soggetto titolare.

Una peculiarità di questa teoria è che essa è in grado di fornire un posto al proprio interno a un grande numero di diritti che gli approcci ortodossi non sono in grado di considerare. Oltre ai diritti-pretesa e ai diritti-immunità, la teoria del vincolo giustificato permette di riconoscere diritti-libertà vestite, diritti-poteri vestiti e diritti-doveri³³⁹. Ma non solo: Rainbolt considera infatti possibili diritti-incapacità, diritti-soggezioni e diritti-non-pretese, diritti ovvero basati su elementi hohfeldiani generalmente considerati inadatti a formare il nucleo centrale di un diritto. Non sono diritti invece le libertà nude e i poteri nudi. Per quanto sulle prima possa risultare paradossale, questa caratteristica è del tutto coerente con l'idea generale di Rainbolt per cui il ruolo peculiare di un diritto sia quello di vincolare il comportamento altrui in una data maniera. Questa intuizione garantisce all'approccio una capacità esplicativa notevole, non solo perché riesce a risolvere la questione dei diritti-doveri (che sono un problema cronico, come si è visto, per entrambe le teorie ortodosse), ma perché fornisce anche alcuni esempi, in alcuni casi piuttosto convincenti, di come una incapacità, una soggezione e una non-pretesa possano a volte trovarsi al centro di un diritto³⁴⁰.

Una seconda caratteristica della teoria di Rainbolt, derivata dalla precedente, è che la nozione di diritti è staccata in maniera piuttosto netta da quella di beneficio. Lo spazio dei diritti specifici è, secondo Rainbolt, occupato per la sua stragrande maggioranza da diritti triviali – diritti ovvero che non servono a niente e che non sono mai rivendicati – e al suo interno si possono anche trovare diritti che sono un peso, piuttosto che un beneficio, per chi ne è titolare³⁴¹. La definizione dei diritti data dalla teoria del vincolo giustificata è infatti indipendente da ogni ragionamento sul valore, a differenza per esempio della teoria dell'interesse.

L'ultima caratteristica peculiare della teoria del vincolo giustificato è che essa, date le due condizioni che pone per avere un diritto, vede questo genere di strutture anche laddove si diano

339Che per Rainbolt possono essere sia diritti-doveri direzionati, sia diritti-doveri non direzionati (per un esempio di diritto-dovere non direzionato vedi *The concept of rights*, op. cit., p. 154).

340Ecco gli esempi di Rainbolt, così come si trovano nel suo articolo *Right as normative constraints on others*, op.cit., pp. 106-7 e in *The concept of rights*, op.cit., pp. 38-9. *Diritti-incapacità*: supponiamo che all'interno di un consiglio di facoltà i membri più giovani non possano votare per assegnare una cattedra: questa è una incapacità, ma una incapacità che qualcuno potrebbe rivendicare come diritto – se per esempio gli permette di scansare la partecipazione a un consiglio di facoltà il cui ordine del giorno sia problematico. *Diritti-soggezione*: un esempio di questo tipo di diritto è quello di matrimonio: si tratta infatti del diritto di veder cambiate le proprie relazioni hohfeldiane da un ufficiale titolato di un potere (l'argomento era già stato avanzato da Carl Wellman, in *A theory of rights*, op. cit., pp. 86-91). *Diritti-non-pretesa*: postuliamo che io ti conceda la libertà di guidare la mia macchina domani. Dal momento che ti ho concesso solo la libertà di fare questo, tu non hai alcuna pretesa che io non nasconda la mia macchina durante la notte in un posto che tu non conosci: e in questo modo, la mia non-pretesa che tu non guidi la mia macchina è una non-pretesa protetta, quindi – secondo Rainbolt – un diritto a tutti gli effetti.

341Ciò sembra essere vero, per Rainbolt, soprattutto per quanto riguarda i diritti giuridici, dove è chiaramente possibile creare diritti che siano addirittura nocivi ai loro titolari.

obblighi di tipo supererogatorio e obblighi verso se stessi. Qualsiasi obbligo direzionato giustificato da una caratteristica del destinatario secondo questa teoria correla con un diritto, e per Rainbolt gli obblighi familiari e di amicizia sono di questo tipo³⁴².

La teoria del vincolo giustificato possiede un indubbio fascino in virtù della sua semplicità e potenza esplicativa, ma a guardarla da vicino ha dei difetti: difetti legati alle poche, ma decisive, scelte di natura formale e valutativa che compie, le quali la rendono un approccio assai elegante, ma dalle premesse a volte arbitrarie.

Sono almeno tre le scelte discutibili. Anzitutto la decisione di considerare come diritti soltanto le pretese e le immunità. Si tratta di una mossa prescrittiva che pare dettata da questioni di gusto più che da reali necessità. Come si vedrà nei prossimi paragrafi, non c'è un reale motivo di fondo per cui si debbano annoverare come diritti le non-pretese solo perché protette da immunità o pretese, ma non, per esempio, le libertà nude (e secondo alcuni, anche le soggezioni nude). Inoltre, sembra essere una questione arbitraria l'accoppiamento funzionale tra immunità e pretese. È vero che sono entrambi vincoli, ma la loro natura è piuttosto diversa. La pretesa dà infatti luogo a un'obbligazione – un vincolo deontico – mentre l'immunità crea una impossibilità – che è un vincolo aletico³⁴³. Per questo motivo la posizione revisionista per cui i diritti si incontrano laddove vi siano pretese oppure immunità non sembra più convincente di quella altrettanto revisionista per cui i diritti sono solo quegli aggregati che contengono pretese: entrambe implicano una stipulazione, la quale è sicuramente legittima, ma fondata più sul gusto che su affinità forti.

Secondariamente, la teoria del vincolo normativo adopera una definizione che può sembrare convincente (a mio avviso lo è in parte) per delimitare l'arco degli elementi hohfeldiani corrispondenti a un diritto, ma che – nuovamente per un eccessivo desiderio di semplificazione – è troppo restrittiva. La seconda clausola della teoria del vincolo giustificato implica che la ragione a monte del dovere hohfeldiano o dell'incapacità hohfeldiana correlante con un diritto debba essere una caratteristica del soggetto. Ma in questo modo alcune categorie di diritti, come quella dei diritti legati a ruoli e quelli che, seguendo Hart, ho chiamato nei capitoli precedenti diritti speciali³⁴⁴, non possano essere spiegate. Il motivo per cui un medico possiede il diritto di intervenire in soccorso di un ferito incosciente anche senza un preciso consenso di costui non risiede tanto in una sua caratteristica intrinseca, quanto in quello che si presume essere l'interesse stesso del ferito – o almeno è così secondo alcuni modi di vedere il rapporto medico-paziente. Alla stessa maniera, il diritto che acquisisco in seguito alla tua promessa di venire al cinema con me è frutto di una pratica istituita – quella della promessa – piuttosto che di una qualche mia caratteristica.

342Vedi G. Rainbolt, *Perfect and imperfect obligations*, "Philosophical Studies" 98 (2000).

343Sulla questione vedi i paragrafi [2.2.3], [2.2.5] e [4.1.2].

344Vedi il paragrafo [1.2.9].

Infine, nel considerare ogni genere di dovere direzionato, compresi i doveri supererogatori o i doveri verso se stessi, come correlati a un diritto, la teoria di Rainbolt compie un'altra volta una mossa sostantivata quanto meno discutibile, anche in questo caso con l'unica ragione plausibile di presentare un quadro analitico il più possibile sistematizzato. Nel capitolo precedente³⁴⁵ ho fornito svariati esempi di doveri – anche direzionati, come quelli dell'amicizia – che non correlano con diritti, e non tornerò pertanto sull'argomento³⁴⁶.

3.3.3 La teoria ibrida

Una delle opzioni più naturali per gli scontenti della dicotomia interesse/scelta è chiaramente quella di unire i due approcci, nella speranza in questo modo di colmare i difetti di entrambe le teorie mantenendone però i punti di forza. Già l'approccio di Feinberg sembrava oscillare tra i due poli della dicotomia, ma forse più per una certa ambiguità di fondo, che per una chiara volontà di arrivare a una teoria sincretica³⁴⁷. Alan Gewirth non si è mai soffermato estesamente sul genere di problemi di questo capitolo, ma senza svilupparla ha fatto un chiaro riferimento alla possibilità di combinare i due approcci ortodossi³⁴⁸. Altri autori, come si è visto hanno cercato di mettere in crisi il paradigma mono-funzione delle due teorie ortodosse, sostenendo un approccio che consideri quella tra interessi e scelta una coppia complementare piuttosto che dicotomica³⁴⁹. Il più recente e articolato tentativo di costruire una teoria ibrida è quello di Gopal Sreenivasan.

Sreenivasan limita il contesto della sua ricerca ai diritti-pretesa, la cui caratteristica principale è a suo parere quella di correlare con doveri direzionati. Secondo Sreenivasan la teoria della scelta non è in grado di fare i conti con il problema dei diritti inalienabili e dei soggetti non autonomi, mentre la teoria dell'interesse cade sul problema del beneficiario terzo³⁵⁰. In pratica, entrambe le teorie non sanno dire quale sia la direzione effettiva che i doveri direzionati devono prendere. A questo proposito, una versione ingenua di teoria ibrida secondo Sreenivasan è già in grado di avere prestazioni migliori rispetto alle due teorie ortodosse:

345Vedi il paragrafo [2.1.5].

346Può una teoria del vincolo giustificato adottare un approccio maggiormente neutrale, in grado di sfuggire alle tre critiche qui proposte? Una versione neutrale di questa teoria è quella descritta da Rowan Cruft (*Rights: beyond interest theory and will theory?*, "Law and philosophy" 23 (2004)) ed è criticabile poiché finisce per considerare indifferentemente ogni aggregato hohfeldiano come un diritto, oppure perché si riduce a una qualche variante della teoria dell'interesse o della scelta.

347Vedi a tal proposito G. Rainbolt, *Two interpretations of Feinberg's theory of rights*, "Legal Theory" 11 (2005).

348Per esempio in A. Gewirth, *Why rights are indispensable*, op. cit., p. 336

349Vedi per esempio B. de Mori, *Cosa sono i diritti morali? Un punto di vista analitico*, Verifiche, Trento 2000, , p. 134 e S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., pp. 34-5. Un abbozzo di teoria ibrida – o quantomeno di una teoria generale capace di accomodare entrambi gli approcci ortodossi si trova anche in P. Koller, *A conception of moral rights and its application to property and welfare rights*, "Ratio Juris" 5-2 (1992).

350Vedi G. Sreenivasan, *A hybrid theory of claim-rights*, op. cit., e *Duties and their direction*, op. cit.

- Supponiamo che X abbia un dovere di ϕ . X ha il dovere di ϕ nei confronti di Y se e solo se *una* delle due condizioni è valida: a) Y ha il potere di esonerare X dal dovere di ϕ ; b) Y non ha il potere di esonerare X dal dovere di ϕ , e questo perché l'incapacità di Y promuove in generale gli interessi di Y.

Una tesi ibrida di questo tipo è in grado, secondo Sreenivasan, di affrontare con successo le principali obiezioni che si possono rivolgere alle teorie dell'interesse e della scelta, ma non è ancora in grado di scivolare tra le maglie di tutte le critiche più specifiche che le si possono portare. Attraverso un progressivo raffinamento di questa tesi ingenua Sreenivasan giunge in questa maniera a formulare la sua teoria ibrida qualificata:

- Supponiamo che X abbia un dovere di ϕ . X ha il dovere di ϕ nei confronti di Y se e solo se il grado di controllo sul dovere di X di ϕ da parte di Y (e, se Y ha un portavoce Z, il grado di controllo di Z) eguaglia (intenzionalmente) il grado di controllo che promuove in generale gli interessi di Y.

Questa seconda formulazione è più involuta della prima. Il suo significato può essere così parafrasato: un diritto si dà laddove vi è un dovere direzionato il cui grado di controllo da parte del soggetto titolare, o di chi ne fa le veci, è volutamente e non accidentalmente il grado di controllo necessario per avanzare al meglio gli interessi del soggetto titolare. Il grado di controllo nei confronti di un dovere direzionato può essere anche pari a zero, come nel caso dei diritti inalienabili, se questo è il modo migliore affinché un diritto faccia gli interessi del suo titolare³⁵¹.

Una prima notazione che si può fare nei confronti della teoria ibrida qualificata è che tramite la clausola del portavoce il problema dei soggetti non autonomi pare risolto completamente. A proposito c'è da osservare però che, se è vero che da un punto di vista giuridico questa clausola sembra rispettare una prassi consolidata, in ambito morale la nozione di portavoce non è così trasparente, e andrebbe specificata meglio. Tralasciando questo aspetto, mi pare che si possa affermare senza problema che la teoria di Sreenivasan offre un approccio molto interessante e, soprattutto, originale³⁵². Non si può però che constatare che la sua definizione contenga alcuni

351 Qui Sreenivasan sembra riprendere una intuizione di MacCormick, secondo cui alcuni diritti sono più potenti – e quindi di maggior rilevanza per i loro titolari – se inalienabili: una obiezione questa diretta nei confronti della teoria della scelta, per cui, come si è visto, non si possono dare diritti senza un qualche minimo controllo su di essi da parte dei soggetti titolari. A proposito vedi N. MacCormick, *Rights in legislation*, op. cit., pp. 195-199.

352 Che la teoria ibrida qualificata costituisca realmente una terza via tra teoria dell'interesse e teoria della scelta è riconosciuto anche da due critici di questo approccio, Hillel Steiner e Matthew Kramer, in *Theories of rights: is there a third way?*, op. cit., p. 308.

termini chiave tendenzialmente ambigui.

Non c'è solo il problema del «portavoce». Anzitutto la teoria ibrida qualificata sembra ereditare dalla teoria dell'interesse tutte le problematiche connesse a definire «interesse». Secondariamente essa dipende in modo cruciale dalla capacità di misurare il «grado di controllo» del soggetto titolare su un dovere altrui, e di confrontarlo col grado di controllo ideale richiesto per avanzare i propri interessi: e questo aspetto della teoria è, almeno al momento, lasciato non specificato. Infine, e questo forse è un problema più grave, vi è quell'«intenzionalmente» nella definizione, il cui ruolo può apparire un po' oscuro, ma che è invece centrale al fine di evitare una serie di obiezioni riguardo al genere di diritti che si potrebbero generale senza questa clausola³⁵³. Come è stato notato da Kramer e Steiner³⁵⁴ il termine «intenzionalmente» implica un certo grado di soggettività richiesto nella giustificazione di un diritto, poiché per riconoscere una intenzionalità nella coincidenza tra il grado di controllo effettivo e quello necessario è richiesta una interpretazione, e quindi un giudizio.

A dispetto di queste opacità, resta il fatto che la teoria ibrida qualificata di Sreenivasan è un passo, e un bel passo, avanti rispetto alle teorie classiche della scelta e dell'interesse. Pure, anch'essa presenta un limite che ne diminuisce l'appetibilità. Essa è dichiaratamente una teoria pertinente ai soli diritti-pretesa, e non può essere estesa oltre questi confini, se non, forse, per integrare i diritti-immunità. Non è chiaro se ciò sia dovuto al fatto che Sreenivasan condivida l'opinione che gli unici diritti siano diritti-pretesa, oppure se consideri il suo approccio come la descrizione di un'area circoscritta del più ampio dominio dei diritti. Sia come sia, questo rende piuttosto difficile accettare la teoria ibrida qualificata se non si è intenzionati a restringere il dominio dei diritti a quello esclusivo dei diritti-pretesa.

3.3.4 La teoria inclusiva

L'ultimo approccio che prenderò in considerazione è quello proposto da Rowan Cruft in una serie di articoli che hanno cominciato ad apparire dal 2004³⁵⁵. Nei suoi interventi Cruft ricapitola le

353Riconoscendo come diritti anche quei doveri direzionati il cui grado di controllo da parte del titolare o del portavoce è pari *accidentalmente* al grado di controllo necessario per promuovere gli interessi in generale del titolare, la teoria ibrida qualificata raggiungerebbe un'estensione indesiderata. Prendiamo questo esempio, formulato in Kramer & Steiner, *Theories of rights: is there a third way?*, op. cit., p. 309. Marco deve a Federico 100 € e sarebbe opportuno che Andrea avesse una qualche forma di controllo sul dovere di Marco. Pure, Andrea non ha alcun potere a riguardo, e questo perché l'incapacità di controllare il dovere di Marco promuove gli interessi di Andrea (dal momento che Federico picchierebbe Andrea nel caso questi esonerasse Marco dal suo dovere). L'assenza di controllo di Andrea sul dovere di Marco è precisamente l'assenza di controllo che meglio promuove gli interessi di Andrea riguardo al dovere di Marco: e ciò significa, paradossalmente, che Marco deve pagare a Federico 100 € non solo perché ha un dovere direzionato nei confronti di Federico, ma anche perché lo ha nei confronti di Andrea, il quale vanta un diritto-pretesa su una promessa fatta a un'altra persona. Questo evento non si verifica ovviamente aggiungendo la clausola alla teoria qualificata che la coincidenza tra la misura di controllo effettiva e la misura di controllo richiesta sia intenzionale, e non meramente accidentale.

354*Theories of rights: is there a third way?*, op. cit., pp. 307-8.

355Ovvero con *Rights: beyond interest theory and will theory?*, op. cit.

obiezioni canoniche alle due teorie ortodosse, sottolineando però come, a suo avviso, il loro difetto maggiore sia quello di porsi in maniera eccessivamente ricostruttiva e revisionista rispetto alla nozione comune di diritti: entrambe “non riflettono l'uso attuale del termine «un diritto»”³⁵⁶. La teoria della scelta, in particolare, sembra essere troppo restrittiva, ma anche la teoria dell'interesse a ben vedere soffre questo difetto. Secondo Cruft, infatti, essa è incapace di accomodare tutti quei diritti che non servono gli interessi dei loro titolari – un'obiezione questa che si è sollevata più volte in precedenza – e, nella versione di Kramer, restringe il proprio campo ai soli diritti-pretesa.

Le motivazioni attraverso cui Cruft attacca un approccio eccessivamente revisionista alla descrizione dei diritti sono interessanti. L'assunzione di un punto di vista revisionista sui diritti è solitamente giustificata dalle necessità di raggiungere non solo una certa chiarezza concettuale di fondo, ma anche per dirimere una situazione che è considerata dall'esterno controversa. Ma ciò secondo Cruft dà per scontato tutta una serie di presupposti valutativi e fondazionalistici. Questi non sono visibili durante l'opera di riquilibratura concettuale, ma affiorano una volta che essa è compiuta: e in questo modo sono contrabbandate all'interno della teoria delle conclusioni politiche e morali senza che queste necessitino di un'ulteriore giustificazione³⁵⁷. Così facendo l'ordine di giustificazione è rovesciato: invece che adoperare un determinato approccio revisionista ai diritti perché esso confà alle nostre scelte valutative e di fondazione, si sostengono queste scelte sulla base del «fatto» che sono le uniche compatibili con la nozione di diritti. Per Cruft questa è una forma di «imperialismo concettuale».

Che dire di un tale argomento? Esso tocca sicuramente un nervo scoperto delle teorie della scelta e dell'interesse, come dimostrato da numerose delle critiche che si sono finora passate in rassegna. Ma è anche vero, al contrario di quello che sembra pensare Cruft, che l'analisi concettuale, proprio perché si propone come scopo quello di chiarificare ed eliminare le inconsistenze, non può adottare un atteggiamento esclusivamente descrittivo: essa non può limitarsi a *registrare* l'uso di una data nozione. Per questo genere di lavoro non ci sarebbe bisogno dei filosofi, dal momento che abbiamo già i lessicografi. Una certa istanza ricostruttiva, e quindi revisionista, deve far parte di ogni seria proposta analitica, quindi. Bisogna sicuramente preferire «teorie capaci» a teorie che sembrano fare una violenza insostenibile alle nostre nozioni comuni, ma senza perdere di vista l'obiettivo filosofico di costruire una teoria consistente ed elegante. E non c'è una via certa per raggiungere l'equilibrio tra queste due condizioni. Ma è altrettanto evidente che laddove la capacità esplicativa di una teoria è ridotta senza motivi all'apparenza validi, come accade nel caso dei soggetti non

356R. Cruft, *Rights: beyond interest theory and will theory?*, op. cit., p. 379.

357L'esempio che Cruft propone è quello della definizione di diritti data da Sumner (una variante della teoria della scelta), dalla quale è inferita l'inesistenza di diritti naturali (L. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit., IV). In questo modo una conclusione piuttosto forte e dalle conseguenze estesamente ramificate, che generalmente è argomentata a partire da problemi di fondazione, è sorretta esclusivamente dalla proposta revisionista di un concetto.

autonomi per la teoria della scelta, qualche domanda sulla riuscita di simili tentativi sia necessario porsi: idealmente, infatti, a parità di pulizia e ordine concettuale, la scelta dovrebbe ricadere sulla teoria che sembra avere la maggior portata esplicativa.

Di là di questi rilievi, va da sé che Cruft scelga di proporre una teoria dall'ampia capacità esplicativa. La sua preferenza è infatti per una variante della teoria dell'interesse che ponga tre condizioni per avere un diritto:

- (i). Vi deve essere un titolare in possesso di a) una pretesa; oppure b) una libertà; oppure c) un potere; oppure d) una immunità; oppure e) una soggezione; oppure f) un composto che coinvolge uno o più degli elementi hohfeldiani a-e.
- (ii). Se l'elemento o il composto molecolare posseduto dal titolare è in qualche modo violato, non rispettato oppure è negato il suo valore, allora questi può rivendicare una qualche forma di compensazione o apologia.
- (iii). L'elemento o il composto molecolare posseduto dal titolare deve a) servire i suoi interessi; oppure b) fare parte di una classe particolare di diritti istituzionali riconosciuti come i diritti creati dalla istituzione della promessa, i diritti creati dall'istituzione della proprietà³⁵⁸, ecc.

Come si può vedere, la teoria di Cruft è in grado di rendere conto di praticamente tutti quei diritti che nei paragrafi precedenti sembravano scivolare dalle maglie degli altri approcci: diritti legati ai ruoli, diritti-doveri, diritti-immunità, libertà nude, ecc. Essa, inoltre, è persino più capace della teoria multi-funzionale di Wenar, in quanto ammette anche – qualora esso serva l'interesse o faccia parte di un'istituzione stabilita – l'elemento atomico della soggezione tra i diritti. Gli unici elementi che differenziano la teoria di Cruft da un approccio per cui tutti gli aggregati hohfeldiani danno luce a diritti è il riferimento all'interesse o all'istituzionalità, e l'esclusione di doveri, non-pretese e incapacità. Ma è proprio quest'ultima esclusione a segnare una vulnerabilità della teoria inclusiva: non sembrano, infatti, esserci motivi forti che giustifichino l'esclusione di doveri, non-pretese e capacità dal novero dei diritti.

È un problema che è lo stesso Cruft a sollevare, almeno in parte, in suo articolo successivo³⁵⁹ a quello del 2004. Doveri, non-pretese e incapacità – i tre elementi hohfeldiani esclusi – servono talvolta gli interessi di chi se ne fa carico. Il mio dovere di allacciare le cinture di sicurezza, la mia

358Secondo Cruft infatti, la maggior parte dei diritti di proprietà non può essere giustificata a partire dagli interessi individuali, ma piuttosto da argomenti di natura consequenzialista (cfr. R. Cruft, *Against individualistic justification of property rights*, "Utilitas" 18-2 (2006)).

359R. Cruft, *Why aren't duties rights?*. op. cit.

non-pretesa nei confronti dei tuoi orribili gnomi da giardino, la mia incapacità nei confronti di qualche incarico di autorità connesso con poteri onerosi e difficili da gestire: in tutti questi casi i tre elementi esclusi sembrano fare i miei interessi³⁶⁰. Chiaramente ognuno di questi elementi hohfeldiani può essere connesso con il funzionamento di una istituzione (altrimenti non potrebbero esserlo gli elementi correlati). E, infine, la clausola della compensazione – per risarcimento o apologia – può essere applicata anche a questi elementi. Dal momento che, in un senso rigoroso, soltanto le pretese possono essere violate³⁶¹, Cruft ha specificato la clausola della compensazione in modo che possa accomodare anche immunità, poteri, libertà e soggezioni, parlando quindi oltre che di violazione anche di «non rispetto» e «negazione del valore dell'elemento». La clausola, però, così diluita, ha entro sé le condizioni necessarie per essere applicata anche a doveri, non-pretese e soggezioni³⁶². Quale argomento rimane quindi per sostenere l'esclusione di questi tre elementi? Parrebbe nessuno, se non l'appello al linguaggio ordinario: chi è che si sognerebbe mai di chiamare diritto un dovere? Ma questa, come le argomentazioni di matrice storica avanzate da Wenar, non è una argomentazione convincente.

360Ed è bene ricordarlo, sebbene doveri, non-pretese e incapacità servono gli interessi di chi se ne fa carico solo sporadicamente, lo stesso accade per gli altri cinque elementi hohfeldiani, come si è visto nei paragrafi dedicati alla teoria dell'interesse.

361Questa tesi sarà ampiamente discussa nel prossimo capitolo [4].

362Specificherò ulteriormente questo punto nel paragrafo [3.4.2]

3.4 I diritti specifici come ragioni morali e giustificazioni

Dopo i paragrafi precedenti potrebbe essere cresciuta la tentazione di rinunciare a ricercare dei caratteri chiari univoci che definiscano funzionalmente la nozione di diritti. E, in effetti, si ritrovano sempre più spesso nella recente letteratura citazioni del famoso passo sui giochi e le somiglianze di famiglia di Wittgenstein³⁶³: un richiamo volto a considerare la possibilità che i diritti siano un concetto vago. Personalmente non penso che sia così. Prima però di esporre le mie idee a riguardo, è il caso che espliciti le coordinate teoriche che guideranno questo tentativo: coordinate che saranno ispirate principalmente dalle contraddizioni emerse nelle teorie analizzate in precedenza.

3.4.1 I caratteri di una teoria sulla funzione dei diritti

Quale teoria stiamo cercando? Quale tipo di approccio vogliamo costruire? Quali dovranno essere le premesse teoriche che faranno da paletto per delimitare la ricerca? Qui di seguito proporrò alcune linee guida per questa ricerca.

(i). *È possibile definire le condizioni che permettono di chiamare «diritto» un elemento hohfeldiano o un aggregato.* La tesi contraria secondo cui uno qualsiasi degli otto elementi hohfeldiani o un loro aggregato può essere un diritto, ma solo in virtù di condizioni contestuali mutevoli e non definibili a priori, equivale ad ammettere che quella di diritti è una nozione vaga, e deve essere preliminarmente scartata³⁶⁴ – poiché significa di fatto abbandonare questa ricerca.

(ii). *Solo alcuni elementi hohfeldiani o loro aggregati sono diritti.* La tesi per cui uno qualsiasi degli otto elementi hohfeldiani o un loro aggregato può essere un diritto, questa volta indipendentemente da ogni condizione contestuale, dà luce alla teoria maggiormente «capace» che si possa costruire all'interno del quadro hohfeldiano, poiché fa coincidere il dominio dell'insieme dei diritti con quello degli elementi hohfeldiani e dei loro aggregati. Questa tesi non specifica alcuna condizione particolare oltre a quella già considerata accettando il quadro hohfeldiano³⁶⁵ («tutti i diritti sono elementi hohfeldiani o loro composti»), pertanto essa va rigettata preliminarmente.

(iii). *Non tutti i diritti sono pretese.* La terza premessa afferma che, contrariamente a quello che sosteneva Hohfeld, non tutti i diritti sono pretese. Solo accettando questa tesi è possibile costruire una teoria «capace». E l'importanza di approdare a una teoria capace emerge in modo netto dalla discussione precedente sugli approcci posti «oltre» la teoria della scelta e dell'interesse: solo attraverso una teoria di questo genere è infatti possibile evitare una serie cospicua di obiezioni.

363L Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford 1953, §§ 66-67.

364A mio avviso questa tesi si può riscontrare implicitamente in *Rights*, op. cit. di Alan White.

365E infatti, che io sappia, per quanto essa sia stata spesso menzionata, non è mai stata sostenuta e difesa nella letteratura sui diritti.

(iv). È necessario procedere ricostruttivamente rispetto all'uso ordinario del termine. La necessità di approdare a una teoria capace non deve coincidere con l'appiattimento della ricerca su basi esclusivamente descrittive: si è già visto, discutendo gli approcci di Wenar e Cruft, che questo approccio non conduce a risultati soddisfacenti.

Dalle due premesse (iii) e (iv) segue che una buona regola è quella di perseguire un *conservatorismo moderato* rispetto all'uso comune della nozione di diritti e alle nostre intuizioni riguardo a essa: questo si traduce nell'accettare un aspetto revisionista soltanto laddove sia possibile fornire una spiegazione chiara ed esauriente del perché il vocabolario comune sia sbagliato e vada corretto.

L'idea centrale che guiderà la ricerca è quella di vedere se esiste – tenendo conto delle precedenti premesse – una qualche caratteristica che accomuni alcune tipologie di elementi hohfeldiani, e se questa sia una buona ragione per considerare gli elementi in questione come diritti: un approccio quindi simile a quello adoperato da Rainbolt, il quale identifica nella caratteristica di vincolo la funzionalità chiave per comprendere un diritto e – siccome questa si ritrova esclusivamente nelle pretese e nelle immunità – delimita così *stipulativamente* l'insieme degli elementi atomici traducibile in un diritto. Dal momento che si è già scartata l'idea di Rainbolt nel precedente paragrafo [3.3.2] si dovrà cercare una risposta alternativa.

3.4.2 «Violare» un elemento hohfeldiano

Un buon indizio per partire nella ricerca potrebbe essere quello di riflettere sulla direzionalità degli elementi hohfeldiani. Come sappiamo³⁶⁶, questi esprimono tramite quattro coppie di correlati altrettanti tipi di relazione normativa tra due soggetti:

- La relazione direzionale tra *pretese* e *doveri hohfeldiani*.
- La relazione direzionale tra *libertà* e *non-pretese*.
- La relazione direzionale tra *poteri* e *soggezioni*.
- La relazione direzionale tra *immunità* e *incapacità*.

Quale potrebbe essere il significato della direzionalità opposta che assumono i due gruppi di elementi atomici?

Si sostiene a volte che gli elementi di destra possiedono la caratteristica unica di poter essere violati o negati in modo efficace *esclusivamente da chi ne è titolato*. L'unica persona in grado di

³⁶⁶Vedi il paragrafo [2.2.1].

negare pretestuosamente un dovere hohfeldiano, una non-pretesa, una soggezione o una incapacità è il titolare stesso: rifiutando di sottoporsi al contenuto del dovere, rivendicando una pretesa laddove non ve n'è, rifiutando di sottoporsi alle deliberazioni di un potere, rivendicando una immunità laddove non ve n'è. Dal momento che una caratteristica essenziale dei diritti è quella di poter essere in qualche modo violati *da terzi*, questo permetterebbe di scartare gli elementi di destra, tenendo invece quelli di sinistra. La logica di questo argomento si basa su un certo modo di definire il termine violazione. Ma si tratta di una definizione corretta?

Come ho già accennato, avrò modo di sostenere nel prossimo capitolo³⁶⁷ che, in un senso del termine *rigoroso*, l'unico elemento atomico che può essere *violato* è la pretesa. Parlare di violazione o negazione fuori del contesto delle pretese significa adottare un *significato esteso* del termine «violare»: solo in questo modo è possibile parlare di violazione di una libertà o di un potere. D'ora in poi adopererò per indicare il primo significato – quello rigoroso – l'espressione «violare (1)», mentre per riferirmi al secondo significato – quello esteso – adopererò l'espressione «violare (2)».

Adoperando il significato di violare (2) è possibile mostrare che anche gli elementi di destra possono essere violati da terzi. Basta applicare la stessa disinvoltura impiegata in precedenza per spiegare come è possibile calpestare un proprio dovere, non-pretesa, soggezione o incapacità e dire che violare (2) un dovere altrui è rivendicare l'esistenza di un dovere laddove non ve n'è, violare (2) una non-pretesa è rifiutare di riconoscere una libertà, violare (2) una soggezione è rifiutare di riconoscere la capacità di essere sottoposti, mentre violare (2) un'incapacità è rifiutare di riconoscere un potere. Questo genere di «violazioni» può sembrare assurdo, ma ci sono casi in cui non lo è³⁶⁸. E anche se fossero pochi gli esempi plausibili, ciò che conta qui è la possibilità teorica, che mi sembra difficilmente contestabile. Se adoperiamo questo significato esteso per cui è ammissibile parlare di violazioni di libertà, immunità e poteri, allora siamo costretti ad accettare la possibilità di parlare di violazioni anche per gli altri quattro elementi posizionati nella parte destra delle tavole hohfeldiane.

Si potrebbe cercare di rimescolare queste carte introducendo una nuova nozione, quella di *torto*. Guardando nuovamente allo schema precedente sembra facile concludere che il soggetto titolare degli elementi di sinistra è sempre colui che subisce il torto, mentre il soggetto titolare di degli

³⁶⁷Vedi il paragrafo [4.1.2].

³⁶⁸È impossibile che qualcuno violi (1) un mio dovere, ma questo qualcuno può benissimo impedire che esso sia portato a termine. Se ho il dovere di passare a prendere mia madre per portarla a fare la spesa e tu piazzì la tua macchina di traverso lungo l'unica strada che porta a casa di mia madre impedendomi di raggiungerla non hai violato (1) – quindi in senso rigoroso – il mio dovere, hai semplicemente prevenuto la mia possibilità di realizzarne il contenuto. È possibile però che qualcuno violi (2) un mio dovere. Mettiamo nuovamente che io abbia il dovere di passare a prendere mia madre per portarla a fare la spesa. Tu potresti rifiutarti di riconoscere il mio dovere, sostenendo che non ho alcun obbligo di questo genere, e, comportandoti come se per te questo oggetto normativo non esistesse, potresti non riconoscerlo come una buona giustificazione per il mio rifiuto di accompagnarti al mare. In questo modo, si può dire che tu hai violato (2) il mio dovere.

elementi di destra è colui che lo compie: può essere questa una caratteristica in grado di definire il contesto dei diritti?

Anche qui le cose sono più complicate di quello che sembrano. Come si è detto in precedenza, adoperando il concetto di violazione (2) è possibile costruire situazioni in cui gli elementi di destra sono violati da soggetti che non sono il soggetto titolare stesso. Questo implica che anche chi è titolare di un elemento di destra, al pari di un titolare degli elementi di sinistra, *può subire un torto*, e che quindi questa non può essere considerata una caratteristica discriminante³⁶⁹.

Che dire però della *incapacità di causare un torto*? I soggetti titolari di una pretesa, di una libertà, di una immunità e di un potere non sembrerebbero essere in grado di causare alcun torto all'interno di una relazione diadica hohfeldiana³⁷⁰. Ma in realtà, continuando ad adoperare il significato di violare (2), se prendiamo per buona la possibilità che si possa commettere un torto rifiutandosi di riconoscere un dovere o un altro degli elementi di destra, allora esistono casi in cui il titolare di un elemento di sinistra può commettere un torto nei confronti del titolare degli elementi di destra. Prendiamo per esempio pretese, libertà, poteri oppure immunità inalienabili, o comunque non esercitabili in virtù del contesto in cui è immersa la relazione: se io mi rifiuto di riconoscere questo carattere di inalienabilità, e mi ostino a negare la presenza di una relazione normativa, commetto un torto nei confronti del titolare dell'elemento correlato. Una caratteristica interessante che si può osservare in questa situazione è che in realtà, comportandomi in questa maniera sembra che i torti compiuti *siano due*: verso me stesso, e verso il soggetto titolato degli elementi correlativi. E questa è una caratteristica che parrebbe essere posseduta soltanto dagli elementi atomici posti nella parte sinistra delle tavole hohfeldiane. Se io infatti mi rifiuto di adempiere a un mio dovere, non sto commettendo un torto contro me stesso (a meno che il dovere non sia diretto proprio verso di me), e lo stesso vale per i modi in cui è possibile calpestare le non-pretese, le soggezioni e le incapacità. Negando pretestuosamente una mia pretesa, invece, faccio offesa al tuo dovere, ma anche a me stesso in quanto titolare. E questa capacità di causare un doppio torto è una caratteristica unicamente posseduta da pretese, libertà, poteri e immunità: una prima peculiarità che sembra differenziare tra loro gli otto elementi atomici hohfeldiani. Mettiamola al momento da parte, ma senza tuttavia scordarci di essa.

369Se per esempio, come nel caso affrontato nella nota precedente, ti rifiuti di considerare il mio dovere di passare a prendere mia madre per accompagnarla a fare la spesa come una buona giustificazione per non venire al mare con te commetti un torto, poiché io ho effettivamente questo dovere: tant'è che accorgendoti del tuo errore potresti decidere di chiedermi scusa per non aver considerato la cosa adeguatamente.

370È bene sottolineare che questo riguarda soltanto l'ambito normativo descritto *internamente* a una relazione hohfeldiana. Il titolare dei quattro elementi di sinistra potrebbe infatti commettere un torto nel caso che le strutture deontiche implicate dai suoi elementi hohfeldiani siano in contrasto con strutture deontiche implicate da altre norme non-hohfeldiane moralmente più rilevanti: i cosiddetti casi in cui vi è un «diritto a fare male».

3.4.3 Il carico informativo degli elementi hohfeldiani

Cerchiamo altre differenze connesse con la direzionalità che assumono gli otto elementi hohfeldiani. Si può notare, focalizzando la nostra attenzione sul contenuto *informativo* veicolato dagli otto elementi, che alcuni di essi ci dicono qualcosa riguardo a un qualche aspetto di intervento *di un soggetto rispetto al soggetto titolato*.

- Una mia *pretesa* di φ verso di te mi informa circa qualcosa che tu devi fare.
- Una mia *non-pretesa* di φ verso di te mi informa che tu non hai alcun dovere di φ .
- Una mia *immunità* di φ verso di te mi informa che tu non puoi alterare i miei elementi hohfeldiani in base a φ .
- Una mia *soggezione* di φ verso di te mi informa che tu puoi alterare i miei elementi hohfeldiani in base a φ .

Gli altri quattro elementi hohfeldiani ci dicono invece qualcosa riguardo a un qualche aspetto di intervento *del soggetto titolato rispetto all'altro soggetto* inserito nella relazione:

- Una mia *libertà* di φ verso di te mi informa circa qualcosa che mi è permesso di fare.
- Un mio *dovere* di φ verso di te mi informa circa qualcosa che devo fare.
- Un mio *potere* di φ verso di te mi informa che posso alterare i tuoi elementi hohfeldiani in base a φ .
- Una mia *incapacità* di φ verso di te mi informa che non posso alterare i tuoi elementi hohfeldiani in base a φ .

Pare possibile quindi, dividere gli elementi hohfeldiani in due categorie: da una parte elementi che ci informano riguardo alle possibilità o all'obbligatorietà di intervento (o di astensione) *di qualcuno che non è il soggetto titolato*, e dall'altra elementi che ci informano riguardo alle possibilità o all'obbligatorietà di intervento (o di astensione) *del soggetto titolato*.

Ciò è coerente coll'uso comune del termine diritti. Consideriamo per esempio un ipotetico diritto di libertà di parola, specificato nel dettaglio da qualche sistema normativo morale ideale. È probabile che esso mi informi sia riguardo al perimetro entro cui io posso esercitare le mie funzioni linguistiche, sia riguardo alle possibilità di intervento nei confronti di questo perimetro da parte di terzi. È sia un diritto «che io faccia», sia un diritto «che sia fatto». E non si tratta di un caso isolato, ovviamente.

Di conseguenza, poiché entrambi gli aspetti attraverso cui abbiamo diviso questa volta gli elementi hohfeldiani sono parte integrante del linguaggio dei diritti, si deve escludere che seguendo questa strada sia possibile giungere a un discrimine utile per isolare la definizione che stiamo cercando. Nondimeno si tratta questa di un'altra distinzione importante ai fini del ragionamento che si sta assemblando: mettiamola anch'essa da parte, ma di nuovo senza dimenticarla.

3.4.4 La capacità di giustificare degli elementi hohfeldiani

Chiediamoci adesso, qual è la caratteristica che contraddistingue tutti i soggetti titolari, quindi inseriti in una relazione hohfeldiana, *a posteriori* della loro investitura? Non può essere quella di *avere un diritto che sia fatto o di fare*, poiché ciò significherebbe che tutti gli elementi hohfeldiani danno luce a diritti. In realtà, la caratteristica comune di tutti gli elementi hohfeldiani è che essi permettono al soggetto che ne è investito di *giustificare normativamente un'azione propria o altrui*³⁷¹. Che cosa significa «giustificare normativamente»? Un soggetto inserito in una relazione hohfeldiana si trova all'interno di uno spazio normato, e finché si muove rispettando le regole di questo spazio possiede delle ragioni che legittimano pienamente la sua posizione³⁷². Il titolare di un elemento hohfeldiano può adoperarlo efficacemente per legittimare un dato comportamento – attivo o passivo, del titolare o del soggetto correlato – normato.

Quest'ultima caratteristica è assolutamente non problematica per tutti quegli elementi atomici *statici*: i quattro elementi «che qualcosa sia fatto o non sia fatto» (*pretesa, non-pretesa, immunità e soggezione*), più l'elemento della *incapacità*. Ognuno di questi elementi può essere adoperato dal soggetto titolato per giustificare il suo posto all'interno dello spazio normativo senza ulteriori premesse. Questo perché gli elementi statici giustificano il fatto che qualcosa sia fatto da altri, o spiegano perché qualcosa non può essere fatto da terzi senza ulteriori condizioni – all'interno di un ambito hohfeldiano. Per esempio, la mia *pretesa* che tu paghi questo giro di bevute nata dalla tua promessa di farlo non richiede altre specificazioni. La mia *incapacità* di votare alle elezioni perché minorenni è una risposta alla tua domanda se voterò che non richiede ulteriori giustificazioni. La caratteristica fondamentale di questi elementi è che essi non necessitano di una libertà affinché il

371I diritti, per adoperare una espressione di David Lyons forniscono un “limite argomentativo” [*an argumentative threshold*] a considerazioni contrarie all'azione che giustificano. Secondo Lyons, infatti, un diritto “fornisce un metro di giustificazione per certe mie azioni, così come dei limiti all'interferenza. Chiamo questa caratteristica di limite argomentativo la *forma normativa* dei diritti morali” (*Utility and rights*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of rights*, op. cit. pp. 114-5). La definizione di Lyons come si vede contiene due caratteristiche congiunte e pertanto sembra riferirsi esclusivamente alle pretese: quella che proporrò in seguito sarà più larga, in quanto accetterà almeno una delle due caratteristiche, e non la loro congiunzione, come uno dei punti centrali per avere un diritto.

372Ancora una volta, come per la nota 84, ciò vale soltanto all'interno dello spazio normativo hohfeldiano: un soggetto potrebbe essere vincolato a obbligazioni generate da oggetti normativi non-hohfeldiani, oppure godere di privilegi non-hohfeldiani, e quindi non essere giustificato in un sistema normativo che comprende ma non coincide con lo spazio delle relazioni hohfeldiane.

loro contenuto possa essere messo in atto, poiché esso è già in atto *indipendentemente dal soggetto che ne è titolare*. E inoltre, essi non dipendono *direttamente* dalle contingenze cui è sottoposta la relazione hohfeldiana in cui sono inseriti: tutti e cinque gli elementi statici non richiedono un intervento attivo del loro titolare nella situazione normata. Ciò che può fare a riguardo il soggetto titolare è rivendicare, ribadire, insistere sulla validità della propria giustificazione, la quale però è preesistente a questo genere di azioni.

Lo stesso non si può dire degli altri tre elementi hohfeldiani (*dovere, potere, libertà*), ognuno dei quali costituisce un caso particolare. Cominciamo dal dovere. Un dovere hohfeldiano genera un'obbligazione. Se accettiamo il principio per cui la presenza di un'obbligazione è direttamente collegata con la possibilità di metterne in atto il suo contenuto – il cosiddetto principio *ought implies can*³⁷³ – allora la presenza di un semplice dovere non è sufficiente perché lo si possa considerare effettivo. Un dovere hohfeldiano di ϕ vi deve essere accompagnato dalla corrispondente libertà di ϕ ³⁷⁴ perché si possa creare la situazione di coesistenza necessaria tra l'obbligo di ϕ e il permesso di ϕ . Una delle precondizioni perché l'azione espressa dal contenuto di ϕ sia possibile è che essa sia lecita³⁷⁵ per il soggetto che deve intraprenderla. Non esistono doveri hohfeldiani effettivi – che possano ovvero giustificare una data azione – senza una libertà corrispondenti: e questo, indirettamente, significa che i doveri sono ragioni morali capaci di giustificare un dato intervento solo se in coppia con una libertà.

Un problema simile si pone nei confronti dei poteri, con una importante differenza: anche i poteri richiedono una libertà corrispondente per essere considerati effettivi, ma, a differenza di quanto accade per i doveri, un soggetto può essere titolare di un potere di ϕ senza avere la libertà corrispettiva³⁷⁶. Invece un dovere effettivo – un dovere che genera un'obbligazione – non può darsi spogliato della sua libertà corrispettiva, pena, se accettiamo il principio *ought implies can*, il cadere in una inconsistenza logica. Possiamo dire che un dovere non accompagnato da una libertà è messo da parte: può tornare effettivo non appena il soggetto titolare sia investito anche della libertà corrispondente, ma non possiamo dire che *esso è*. Un potere, al contrario, *in quanto concetto*

373 Sulla questione vedi anche il prossimo capitolo, in special modo il paragrafo [4.1.3].

374 E ciò implica, nel caso «X ha la pretesa di ϕ nei confronti di Y, quindi Y ha il dovere di ϕ nei confronti di X» che «X ha la non-pretesa di non- ϕ nei confronti di Y, quindi Y ha la libertà di ϕ nei confronti di X», altrimenti dato per scontato il principio *ought implies can* si genererebbe una inconsistenza tra gli elementi deontici implicati dalle due relazioni hohfeldiane. Ciò sta a dire che una pretesa per essere effettiva richiede la presenza di un altro elemento statico a fianco a sé, quello della non-pretesa dal contenuto opposto. Questo significa che anche la pretesa (o la non-pretesa) in realtà non sia una giustificazione che basta a sé stessa, come invece affermato in precedenza? Il punto cruciale della questione è che gli elementi statici sono giustificazioni che bastano a se stesse non tanto perché non chiamino in causa altri elementi hohfeldiani (e quindi altre capacità di giustificare una data situazione pratica), ma perché non hanno come contenuto immediato un'azione del soggetto titolare.

375 Vedi la nota 84

376 Ciò implica a sua volta che una soggezione di ϕ è sempre accompagnata da una non-pretesa di non- ϕ . Vedi la precedente nota 88. Riguardo ai poteri privi di una libertà vedi il paragrafo [2.2.3].

aletico, esiste anche senza la libertà corrispondente, al modo di potenzialità non esercitabile di questo stesso soggetto. Un potere di questo genere per quanto esista, non potendo essere mai esercitato, non può però mai essere giustificazione di alcunché.

Riassumiamo. Poteri e doveri sono in grado di funzionare da giustificazioni soltanto se effettivi, ovvero se accompagnati da libertà corrispondenti. Nel caso dei doveri, parlando rigorosamente essi sono sempre effettivi – accompagnati da libertà – poiché accettato *ought implies can* non possono darsi doveri non leciti. Il caso dei poteri si scinde invece in due possibilità: se un potere è accompagnato dalla libertà corrispondente, allora esso è un potere esercitabile e può essere considerato una giustificazione; se invece non è accompagnato da una libertà, allora è non esercitabile, e non svolge alcun ruolo giustificatorio. È importante notare però che sia nel caso dei doveri, sia in quello dei poteri, a far da giustificazione non è, propriamente parlando, l'elemento in sé, quanto *la libertà che lo accompagna*. Bisogna quindi adesso cercare di capire che cosa si significa dicendo che una libertà possa giustificare, poiché questo non è immediatamente chiaro come per gli elementi «statici».

Le libertà, come si dovrebbe ricordare dalla lunga analisi intrapresa nel precedente capitolo³⁷⁷ disegnano all'interno dello spazio normativo hohfeldiano un perimetro anomico. Come tali esse non sembrerebbero in grado di giustificare alcunché. La libertà di un giocatore di rugby di correre con l'ovale fino in meta non implica certamente che i giocatori della squadra avversaria debbano farsi da parte per farlo passare. La libertà di ϕ non giustifica che ϕ . Ma questo fatto è generalmente impiegato per affermare più di quello che è possibile fare. Gli altri elementi hohfeldiani informano e legittimano gli interventi del soggetto titolato o di quello correlato per quanto riguarda le sue azioni future o passate. La mia pretesa che tu mi paghi da bere nel giorno del mio compleanno come promessomi è una certezza – ammesso che tu sia una persona che rispetta le promesse. Le libertà non sono in grado di fare questo. Però sono in grado di legittimare qualcosa che *è già accaduto*. Supponiamo che entrambi siamo due donne nubili a un matrimonio, radunate dietro la sposa per il lancio del bouquet: il mazzo di fiori è caduto tra le mie mani, e tu mi chiedi indispettita «perché lo hai preso?». La tua domanda è inesorabilmente fuori luogo, se non come espressione di invidia: ne avevo la libertà, e tanto basta come giustificazione.

Solo gli elementi statici quindi sono in grado di fornire informazioni sicure: sul fatto che tu abbia un certo dovere, che tu possa compiere una data azione, modificare o no il mio assetto hohfeldiano, o che io disponga del potere di modificare il tuo assetto hohfeldiano. Doveri e poteri dipendono invece dalla libertà di compiere il loro contenuto. Per questo motivo non possono garantire alcuna certezza su come si evolveranno gli eventi – ma sono comunque delle giustificazioni *a posteriori*

³⁷⁷Vedi in particolare il paragrafo [2.2.2].

che quanto è avvenuto è normativamente giustificato.

3.4.5 I diritti come giustificazioni direttamente connesse col soggetto

Mettiamo assieme i tasselli collezionati in questi paragrafi:

- Adoperando il significato di violare (2) tutti gli elementi hohfeldiani sembrano passibili di essere violati: sia dal soggetto titolare, che da terzi.
- Quattro di questi elementi – pretese, libertà, immunità e poteri – quando sono violati (2) dal soggetto titolare in alcuni casi causano un doppio torto: verso il titolare degli elementi correlati, e verso il soggetto titolare stesso.
- Quattro elementi – pretese, non-pretese, immunità e soggezioni – veicolano informazione riguardo a «che sia fatto o non fatto qualcosa». Gli altri quattro – libertà, doveri, poteri e incapacità – riguardo a «che il soggetto titolato faccia o non faccia qualcosa».
- Tutti e otto gli elementi forniscono giustificazioni nello spazio normativo hohfeldiano riguardo a interventi – passivi o attivi – da parte dei soggetti di una relazione hohfeldiana. Cinque elementi definiti «statici» – pretese, non-pretese, immunità, soggezioni e incapacità – giustificano di per sé, e con certezza. Due elementi – doveri e poteri – solamente se accompagnati da libertà corrispettive, e solo grazie a esse. Libertà, doveri, e poteri, infine, forniscono giustificazioni solo a posteriori, poiché la riuscita delle azioni connesse con il loro contenuto dipende da fattori contingenti, normativi e non.

Nessuna di queste condizioni presa singolarmente è capace di definire che cosa sia un diritto. Ma una simile definizione può essere raggiunta incrociando il materiale che si è fin qui radunato.

Il problema della violazione (2) permette di cogliere un aspetto cruciale dei diritti, e di fornire un primo discrimine per arrivare a una loro definizione. Una delle peculiarità che si attribuiscono generalmente ai diritti è, infatti, quella di fornire un *titolo* al soggetto che ne è investito. Si è incontrata fuggacemente la nozione di titolo commentando le tesi di McCloskey³⁷⁸. Cerchiamo adesso di specificarla meglio, poiché essa può rendere conto della questione della doppia violazione (2) di pretese, libertà, poteri e immunità.

Tradizionalmente, la nozione di titolo è considerata avere parecchi punti di contatto con quella di proprietà. I diritti sono concepiti come titoli proprio perché presentano, all'interno dello spazio normativo, delle qualità analoghe a quelle che si è soliti concedere alle nozioni di proprietà o di bene. I diritti sono *posseduti* da un soggetto (mentre è difficile dire che un soggetto possiede i suoi

³⁷⁸Nel paragrafo [2.3.2].

obblighi, o i divieti cui è soggetto, ecc.) e rappresentano in qualche modo una sua estensione nello spazio normativo. Ma questa analogia non deve trarci in inganno e condurci verso parallelismi affrettati. I modi attraverso cui un soggetto si relaziona ai suoi diritti non possono essere assimilati a quelli con cui lo stesso controlla qualcosa su cui ha proprietà, pena il cadere nella teoria della scelta e nei suoi deficit. L'esercizio di un diritto non è soggetto alle stesse meccaniche attraverso cui si può disporre e financo alienare un bene di nostro possesso. L'importanza che un sistema normativo imprime su un titolo, inoltre, investe il soggetto titolare in maniera del tutto originale, come si coglie in questa citazione di Peter Jones:

“Ciò che è peculiare ai sistemi morali o giuridici che incorporano i diritti è che essi investono le persone con titoli. Il possesso di un titolo implica che il possessore diventa (...) il *locus* di interesse legale o morale.”³⁷⁹

Questa caratteristica è del tutto assente dalla nozione di proprietà³⁸⁰ – e quindi dai diritti così come essi sono teorizzati dalla teoria della scelta – e spiega come mai alcuni elementi hohfeldiani, nel loro essere violati (2) dal soggetto che ne è investito, lo sono due volte: una volta, per il *loro contenuto*, un'altra volta, per *la peculiare importanza che il sistema normativo dà al loro contenuto*. Questa «peculiare importanza» è una caratteristica originale di alcuni sistemi normativi: possono darsi infatti sussistere sistemi – o istituzioni al loro interno – che pur basandosi su una logica di obblighi e permessi – non riconoscono alcuna importanza di questo tipo, e sono pertanto privi di titoli e diritti³⁸¹. In questo genere di sistemi l'accento è posto sull'obbligazione in se stessa, più che sul soggetto che potrebbe beneficiarne, o che possiede un controllo su essa³⁸². Nei diritti, in particolare, questa importanza è declinata *a partire da un soggetto*. E può esserlo in tre modi diversi:

- In virtù del soggetto in sé.
- In virtù del soggetto in quanto soggetto specificato da un ruolo.

379P. Jones, *Rights*, op. cit., p. 36.

380Se si schiaccia infatti la nozione di titolo su quella di proprietà quello che si ottiene è che essa non è più di alcuna utilità per spiegare che cos'è un diritto: questo genere di definizioni di titolo adoperano la nozione di diritti, invece che spiegarla, come nota criticamente Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, op. cit., p. 90).

381È il caso a mio avviso di istituzioni come il dono, per esempio. Sull'argomento vedi il paragrafo [2.1.4].

382L'importanza è un carattere morale centrale che è solitamente attribuito ai diritti: in particolare l'importanza nei confronti di altre norme come per esempio quelle derivabili da un calcolo consequenzialista (vedi a tal proposito R. Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985, XVII). Questa caratteristica rende i diritti degli oggetti normativi dal grande peso specifico. Quanto grande è una problematica di cui mi occuperò a partire dal prossimo capitolo [4], mentre invece la questione di *che cosa dia questa importanza speciale ai diritti* sarà affrontata nei capitoli [5] e [6].

- In virtù del soggetto in quanto soggetto partecipe di una istituzione.

Solo gli elementi di sinistra possono essere considerati titoli. Possedere un titolo significa anzitutto avere una *capacità* all'interno di uno spazio normativo, e il sistema normativo deve riconoscere – attraverso uno dei tre precedenti casi – *il soggetto come causa di questa capacità*. Gli elementi di destra non costituiscono titoli – e quindi non sono diritti – poiché definiscono l'opposto di una capacità all'interno di uno spazio normativo: l'importanza che il sistema morale può dare a essi non è funzione del soggetto che ne è titolato, ma è piuttosto funzione dell'altro soggetto della relazione, il soggetto che è titolato con gli elementi correlati a quelli del primo. Doveri, non-pretese, incapacità, soggezioni, pur determinando alla stregua dei quattro elementi correlati il campo normativo del soggetto titolare, lo fanno non in funzione del soggetto stesso, ma in funzione di qualcun altro. La loro importanza – se di questa si può parlare – è *indiretta*, mentre quella dei titoli è *direttamente* connessa col soggetto in qualcuno dei suoi aspetti intrinseci o estrinseci.

Le ultime due caratteristiche individuate nei paragrafi precedenti ci permettono di dire che i diritti sono titoli di tipo particolare³⁸³. Nella fattispecie sono capacità che permettono a un soggetto di giustificare normativamente che qualcosa sia fatto o non sia fatto, o che il soggetto faccia o no qualcosa. Questo genere di giustificazioni si divide in due generi: il genere della necessità (sia aletica che deontica) e quella della possibilità (deontica). Le pretese e le immunità, in quanto elementi «statici» sono giustificazioni in senso forte – esprimono un'esigenza. Le libertà possono essere anch'esse giustificazioni, ma in un senso diverso da quello delle pretese e delle immunità (le libertà, infatti, non sono *vincoli*). Esse sono giustificazioni per qualcosa che è già stato fatto o non fatto, in quanto legittimano una possibilità. I poteri infine, presi di per se stessi, non sono in grado di giustificare alcunché rigorosamente parlando: è la libertà che può accompagnarli che di fatto assume il ruolo giustificatorio. Di conseguenza, essi non possono essere considerati diritti. Sono generalmente considerati tali poiché l'abitudine è quella di non distinguere tra il possesso di un potere e il suo esercizio lecito.

La conclusione di questo ragionamento è che la famiglia dei diritti è composta da elementi hohfeldiani o aggregati di essi che hanno sempre a capo almeno una *pretesa*, una *immunità* oppure una *libertà*. Secondo il quadro che ho proposto i diritti specifici sono capacità possedute da un soggetto in virtù di una particolare importanza normativa relativa al soggetto stesso. Più

383Ci sono titoli che non sono diritti – o che almeno non sono diritti di tipo specifico. Sono quei titoli che un sistema normativo riconosce in virtù della presenza di un qualche diritto astratto che garantisca una *obbligazione imperfetta*. Per esempio, il soggetto posto nella condizione di indigenza descritta da Feinberg parlando dei diritti-manifesto (vedi il paragrafo [2.3.3]) possiede sicuramente, sulla base della descrizione fornita dal sistema normativo in questione, un titolo a ricevere aiuto, assistenza, ecc., ma non un diritto specifico, poiché non è inserito all'interno di una relazione binaria hohfeldiana. Ritorno sulla questione nei capitoli [5] e [6].

precisamente sono capacità di giustificare normativamente alcune tipologie di azioni: che il soggetto può aspettarsi che siano compiute, che il soggetto può pretendere che siano compiute, che il soggetto può compiere. Avere un diritto specifico, significa quindi:

- *A possiede un diritto di φ nei confronti di B se possiede la capacità (discrezionale o no) di giustificare normativamente φ in virtù di una propria caratteristica – intrinseca, legata al suo ruolo, o alle istituzioni di cui prende parte – considerata importante dal sistema normativo cui fanno capo A e B, laddove φ può essere la possibilità di A di fare o non fare qualcosa o la necessità di B di non fare qualcosa o il dovere di B di fare o non fare qualcosa.*

Direzionalità, capacità di giustificare normativamente che qualcosa sia fatto o no oppure che il soggetto titolato possa fare qualcosa o no, centralità del soggetto titolato in questa giustificazione: sono questi i tre elementi funzionali decisivi nel definire un diritto specifico.

3.4.6 La capacità di questo approccio

L'abbozzo di teoria che ho proposto in queste ultime pagine è ben lungi dal potersi considerare completo ed esente da problematiche. Per darne un giudizio positivo è necessario esaminarlo alla luce delle indicazioni programmatiche precedentemente espresse nel paragrafo [3.4.1].

La tesi che ho presentato si muove all'interno di un approccio hohfeldiano, così come richiesto dal primo paletto che avevo posto. Essa dà luce inoltre a un approccio «capace», che non limita i diritti alla singola categoria delle pretese – o a una sottoclasse particolare di queste. I diritti sono quegli aggregati hohfeldiani composti da almeno un elemento scelto tra una pretesa, una immunità o una libertà. Da qui è poi possibile dar luogo a una serie di combinazioni possibili tra cui possiamo annoverare, oltre ai tre diritti base (diritti-pretesa, immunità semplici, libertà nude) anche varie forme di diritti composti: libertà vestite (libertà protette da pretese di non interferenza e/o immunità), poteri vestiti (poteri affiancati oltre che da una libertà d'esercizio anche da pretese di non interferenza e/o immunità), non-pretese vestite (non-pretese protette da pretese di non interferenza e/o immunità), soggezioni vestite (soggezioni protette da pretese di non interferenza e/o immunità), diritti-doveri (doveri tutelati da pretese di non interferenza), incapacità vestite (incapacità protette da pretese di non interferenza e/o immunità). Ognuno di questi aggregati è poi passibile di accrescere – teoricamente illimitatamente – di complessità con l'aggiunta di ulteriori elementi.

Riguardo alla «capacità» di questo approccio si possono sollevare alcune critiche. La prima è che

esso include le libertà nude tra i diritti. A proposito si può rilevare che molti autori³⁸⁴ hanno sostenuto che i diritti non possono essere delle mere libertà nude. Un diritto per essere tale deve possedere una forza normativa capace di fornire istruzioni per la condotta di un altro soggetto. Accettando questa premessa, chiaramente le libertà non sono diritti, poiché non possono fornire alcuna informazione di questo genere³⁸⁵. Si tratta questo però di un modo ristretto e ancora una volta riduzionista di definire i diritti. Il carattere generale di tutti gli elementi hohfeldiani *non è soltanto* quello di fornire istruzioni normative a terzi, ma quello di fornire istruzioni normative in generale, di giustificare «che qualcosa sia fatto o no», o che il soggetto possa «fare qualcosa o no». Questo poi può essere ulteriormente specificato, affermando che la giustificazione riguarda la necessità e la possibilità, intese queste in un senso deontico – come dovere o permesso – per quanto riguarda la prima tavola, e in un senso aletico per quanto riguarda la seconda. La semplice possibilità (aletica) di fare qualcosa non è indice di un particolare carattere normativo, ed è per questo che i poteri non sono – da soli – dei diritti. Al contrario, la necessità connessa con le immunità, poiché «statica» descrive un carattere normativamente importante del soggetto, esistente di fatto senza ulteriori specificazioni di liceità. Parallelamente, va da sé che la necessità deontica connessa con una pretesa è un carattere normativamente importante. Che dire invece della possibilità deontica sancita da una libertà? Essa non è certamente conclusiva. Ma ciò non significa che questo carattere giustificatorio sia assente nelle libertà. Giustificare una possibilità infatti non è soltanto un esercizio che può servire a pianificare un possibile corso futuro (che non possiamo prevedere) dei nostri movimenti all'interno di uno spazio normativo. Ci permette anche di rivendicare la legittimità di quanto è appena stato. Non vedo quindi alcun motivo per sostenere che le libertà nude non possano essere diritti, nel senso particolare per cui «avevo diritto a fare quello che ho fatto se esso era lecito» è una frase e una giustificazione sensata, così come lo è «ho il diritto di fare ϕ e quindi devi astenermi dalle interferenze» che invece fissa la modalità giustificativa propria delle pretese. Non c'è niente di strano nell'imbracciare una libertà come diritto al fine di opporsi alla rivendicazione di un presunto dovere: l'uso è consistente con alcuni impieghi della nozione di diritti³⁸⁶. Dal momento quindi che le libertà nude sono elementi hohfeldiani che esprimono una capacità o titolo di un soggetto, e non mi

384 Sumner (*The moral foundation of rights*, op. cit., p. 35; Williams (*The concept of a liberty*, op. cit., p. 121); Rainbolt (*The concept of rights*, op. cit., p. 30); Wellman (*An approach to rights*, op. cit., p. 3); Rex Martin (*A system of rights*, Clarendon, Oxford 1993, p. 35); Steiner (*An essays on rights*, pp. 74-6).

385 Vedi a proposito il paragrafo [3.4.3].

386 Samuel Stoljar chiama a tal proposito le libertà *diritti-difensivi* in riferimento a questa loro caratteristica e accetta il loro ruolo specifico di diritti non riducibile a quello delle pretese: vedi *An analysis of rights*, op. cit., pp. 22-4. H.L.A. Hart sembra ammettere che le libertà – almeno quelle che accompagnano i doveri – possano essere considerati diritti seguendo una linea di ragionamento parallela a quella che ho esposto io in questo paragrafo e nei precedenti, sebbene non sia chiaro quali siano le conseguenze di questo suo giudizio nel contesto della teoria della scelta che difende (*Legal rights*, in *Essays on Bentham*, op. cit., pp.173-4). Altri autori che ammettono le libertà nel novero dei diritti sono Wenar e Cruft (vedi i precedenti paragrafi [3.3.1] e [3.3.4]), nonché, per motivi analoghi a quelli che ho portato io, Nigel Simmonds (*Rights at the cutting edges*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 157-8).

sembra vi siano valide ragioni per non considerarle forme (ristrette) di giustificazione, applicherò nel loro riguardo quel conservatorismo moderato che si è posto come premessa nel paragrafo [3.4.1], accettandole nel novero dei diritti³⁸⁷.

Un secondo problema che si potrebbe sollevare riguarda il fatto che questo approccio garantisce la qualifica di diritto a quella che, a prima vista, parrebbe un quantità troppo elevata di oggetti normativi diversi. Non sembra esserci infatti un limite prefissato al numero delle pretese o delle libertà che possono essere impiegate per giustificare qualcosa. Se le cose stanno così, l'estensione dei diritti conterrebbe vaste regioni normative occupate da elementi triviali e inutili per il loro titolare. Non si tratta questo a mio avviso di una situazione assurda o inconsistente³⁸⁸. Essa deriva dall'abitudine invalsa di associare il termine diritto a rivendicazioni di cruciale e assoluta importanza³⁸⁹. Ma in qualsiasi sistema normativo – giuridico o morale che sia – sono pochi i diritti *specifici* che proteggono interessi vitali del loro titolare: sono solitamente quelli rivendicati più spesso, ed è per questo motivo che i diritti in genere ci sembrano associati con le questioni normative più importanti. Ma si tratta di un errore di percezione.

Ma allora che cosa significa esattamente quell'importanza particolare che abbiamo visto essere il motivo per cui un sistema normativo assegna ai soggetti titolari determinati elementi hohfeldiani? La risposta è che le sorgenti di questa importanza non si trovano allo stesso livello dei diritti specifici: ma al livello, come si vedrà³⁹⁰, dei diritti astratti. I diritti specifici possono non essere affatto importanti, anzi, uno scarso peso è nella natura della maggior parte di questo oggetti normativi: ma è importante il motivo alla base della loro istituzione. E, a differenza di quanto accade nella teoria dell'interesse, ciò non è un problema per questo genere di approccio: poiché non si trova in esso alcun impegno preliminare circa il carattere beneficiale connesso coi diritti, ma soltanto il riferimento neutro a una importanza che un sistema normativo dà a determinati contenuti riferentesi a un soggetto.

3.4.7 Il soggetto e lo spazio normativo secondo questo approccio

L'approccio è «capace» anche sotto altri due punti di vista. Esso è in grado di rendere conto di tre

387È bene sottolineare poi che da qui non è possibile ampliare questo giudizio in modo che anche i doveri nudi possano essere considerati dei diritti. Da una parte perché i doveri non sono titoli. Ma dall'altra anche perché, come si è ribadito in precedenza, sono le libertà che accompagnano i doveri effettivi a svolgere il ruolo giustificatorio, e non i doveri presi di per sé stesso. Per questo motivo, i doveri nudi, alla stregua dei poteri nudi (siano effettivi o non lo siano) non possono essere considerati diritti.

388Sull'argomento è interessante anche G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., p. 151.

389Questo tono si può notare, per esempio, nelle seguenti citazioni: “chiamare qualcosa un diritto significa dargli uno status sacrale, ritenerlo qualcosa di importante e meritevole di una protezione speciale” (R. Primus, *The american language of rights*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, p. 36); “la funzione normativa del linguaggio dei diritti è formulare un genere di richieste urgenti e insistenti”(R. Sumner, *The moral foundation of rights*, op. cit., p. 15).

390A partire dall'ultima parte del capitolo [5].

modi per cui un soggetto può essere investito con un diritto, ed è neutrale rispetto alle identità possibili di questo soggetto.

La prima questione ci permette di assumere un punto di vista per cui non è solo il soggetto in se stesso – il soggetto nella sua immediatezza – a essere il motivo per cui il sistema normativo riconosce determinata importanza a certi contenuti, ma è piuttosto il soggetto considerato nel suo intersecarsi coi diversi piani dello spazio normativo. I tre piani dello spazio normativo sono, come si è visto, la *dimensione intrinseca* posseduta dal soggetto, quella del *ruolo* che occupa all'interno di una rete di interazioni con gli altri soggetti, e infine quella della sua *partecipazione alle varie istituzioni* particolari che si possono trovare entro un dato spazio normativo. Così facendo è possibile accogliere e spiegare tutti quei diritti che fanno riferimenti al ruolo del soggetto e i diritti speciali che si vengono a creare in seguito al funzionamento di istituzioni come la promessa, la proprietà, ecc.

Il secondo punto di forza di questo approccio è la sua neutralità riguardo all'identità del soggetto, che non preclude a priori e in maniera preconcepita alcun tipo di possibilità moralmente rilevanti. Il carattere di giustificazione che si è visto a proposito degli elementi hohfeldiani non implica affatto (almeno per quanto riguarda alcuni elementi atomici o aggregati) la rivendicazione o l'esercizio dei diritti, e come tale non implica una volontà o capacità collegate da parte del soggetto titolare. All'interno di un sistema di diritti plasmato a partire da questa concezione ci sarà quindi spazio sia per diritti che solo soggetti dotati di volontà possono avere (diritti che richiedono la possibilità di essere esercitati), sia per diritti posseduti da soggetti deficitari o privi di volontà. Questa neutralità nei confronti del soggetto è un altro aspetto che si confà col nostro conservatorismo moderato. Essa, infatti, permette di evitare aspetti revisionisti eccessivi in uno stadio ancora principalmente formale della discussione, rimandando alla successiva indagine normativa il problema di quali soggetti siano capaci di avere dei diritti, e quali no.

Un altro genere di implicazioni di questa teoria è che essa non pretende affatto che i diritti saturino completamente lo spazio normativo. Da una parte perché il loro contesto è ristretto a quello hohfeldiano, e quindi a oggetti normativi di tipo *direzionato*. Dall'altra parte perché dal loro dominio è escluso ogni riferimento a tutto quell'ambito morale che fa riferimento al supererogatorio, al meritevole, all'eccellente. Quest'ultima caratteristica ci permette di estrapolare una conseguenza molto importante, come vedremo nei prossimi capitoli: i diritti sembrano essere oggetti normativi la cui applicazione naturale si ritrova in quella che si è chiamata³⁹¹ *morale in senso stretto*.

391 Vedi il paragrafo [1.1.4].

4. *Il conflitto tra diritti: dilemmi e teorie morali*

Nonostante se ne senta continuamente parlare³⁹², «conflitto tra diritti» è un'espressione che necessita di essere chiarita. Parlando rigorosamente, infatti, i diritti non possono confliggere. Sono gli elementi deontici implicati dai diritti a confliggere, e non gli elementi hohfeldiani in senso stretto. È probabile quindi che «conflitto di diritti» sia un'ellissi per indicare quel sottoinsieme di conflitti pratici tra elementi deontici che fanno capo ai diritti. Specificata in questo modo, l'espressione, per quanto sintetica, mantiene una sua utilità classificatoria, poiché il sottoinsieme particolare di conflitti che delimita dà luce sicuramente a casi interessanti che meritano di essere studiati.

Dall'altra parte, però, i diritti sembrano possedere nella percezione comune un ruolo emblematico: essi, infatti, incarnano uno dei modi – e sicuramente uno dei più importanti – per descrivere quella importanza assunta dal soggetto in ambito normativo a partire dall'epoca moderna. I diritti, per questo motivo, possiedono nei confronti di altre considerazioni normative una forza del tutto particolare. I diritti sono «briscole», carte vincenti nella famosa definizione data da Ronald Dworkin. La loro pratica e gestione deve accogliere meccaniche raffinate che possano tenere in conto questa forza morale particolare. Che fare, per esempio, quando due diversi soggetti decidono di calare entrambi una di queste carte vincenti durante una situazione di stallo normativo?

Da qui le ragioni di dividere in due parti la discussione sul conflitto tra diritti. La prima, legata allo statuto formale e normativo del conflitto tra diritti – inteso come sottoinsieme particolare del conflitto pratico – all'interno di una teoria morale. La seconda, sulle forme di ordinamento che è possibile adottare, su quali conseguenze normative queste implicino, e sul significato dell'accantonamento di un diritto o della sua violazione. In questo capitolo mi dedicherò alla prima problematica, lasciando al prossimo la seconda.

Nell'affrontare la questione del conflitto tra diritti adotterò un taglio teoretico particolare, su cui è necessario dire qualcosa preliminarmente. Il problema procede lungo un tragitto che prevede almeno tre bivi concettuali che danno luogo a soluzioni assai diverse tra loro nel modo di intendere il conflitto. Anzitutto si deve prendere parte a favore o contro l'esistenza di conflitti tra diritti genuini: conflitti irrisolvibili che danno luce a *dilemmi morali*. Secondariamente si deve proporre

³⁹²Di fatto è diventato un classico della letteratura sui diritti, anche di quella che non considera questa categoria normativa come intrinsecamente conflittuale, lamentarsi del problema della proliferazione e conseguentemente degli attriti tra le varie rivendicazioni (la migliore inquadratura del problema rimane C. Wellman, *The proliferation of rights. Moral progress or empty rhetoric?*, Westview, Boulder 1999). Chiaramente è possibile rivendicare ogni genere di diritto, e ciò può dare luce a problemi di conflittualità: ma questo a mio avviso è un problema che coinvolge ogni sistema normativo polinomico, poiché è possibile rivendicare ogni tipo di dovere, oppure di virtù, ecc. Il punto che cercherò di svolgere nei prossimi due capitoli è che un esito che preveda conflitti *insolubili* non è affatto necessario, e tanto meno auspicabile.

un qualche tipo di procedura per risolvere le soluzioni conflittuali. Infine si deve affrontare la questione del «residuo» e della «eccedenza» che accompagnano l'accantonamento di un diritto. Come argomenterò, a mio avviso non esiste un vero e proprio punto archimedeo da cui osservare e risolvere la questione. Tutto ciò che si può fare è piuttosto *stare dentro* il problema e soppesare le conseguenze normative implicate dalle varie opzioni teoriche che abbiamo di fronte: decidere, ovvero, primo, in base a quale tipo di teoria morale è possibile avere e, secondo, in base a quale tipo di teoria morale vorremmo costruire. Ciò non significa rinunciare a un certo rigore formale, ma semplicemente riconoscere che per risolvere questo tipo di questioni è necessario l'aggiunta di qualche ingrediente normativo, senza il quale le soluzioni che si possono presentare sono destinate a rimanere arbitrarie.

In particolar modo, per la problematica espressa in questo capitolo, e in misura minore anche per quella del prossimo, è necessario impostare due discorsi: riguardo alla cornice *metaetica* che può assumere una teoria morale, e più in generale riguardo alla struttura e agli scopi che essa può avere. Solo in questa maniera si può svolgere quell'operazione di valutazione di cui si è detto in precedenza. Nella sconfinata letteratura sul conflitto morale molti autori hanno adoperato la questione dei dilemmi morali per cercare di giungere a conclusioni in ambito metaetico o riguardo alla struttura dei sistemi normativi morali. Il mio modo di procedere rovescia questa impostazione: partirò da assunti metaetici per ricavare elementi riguardo ai conflitti. Il motivo di questo rovesciamento risiede nel fatto che proporre tesi riguardo ai conflitti significa già stare entro una determinata – e spesso implicita – idea nei confronti dei caratteri generali di una teoria morale.

In questo modo, inoltre, sarà possibile riprendere in mano alcune questioni sull'ontologia e l'epistemologia dei diritti morali che si erano lasciate in sospese nel primo capitolo. Alcune delle critiche di Bentham a proposito dei diritti extragiuridici³⁹³, sebbene in parte disinnescate in precedenza, sono ancora in grado di sollevare questioni che meritano un risposta. Con la seconda parte di questo capitolo, spero di riuscire a chiudere la partita anche con queste.

393Vedi il paragrafo [1.1.7].

4.1 Conflitti e dilemmi

Come si è detto il conflitto tra diritti è un sottogenere della più ampia categoria dei conflitti morali. Prima di affrontare ogni ulteriore discussione a proposito è bene quindi chiarire l'ambito terminologico del nostro discorso.

Una situazione di *conflitto pratico* si viene a creare ogniqualvolta ci si trovi di fronte a entrambe queste due condizioni:

- Il contenuto di due o più oggetti normativi non *sembra* essere compossibile.
- Per qualche motivo non *sembra* possibile ordinare per priorità gli oggetti normativi in questione.

I *conflitti morali puri* sono tipologie particolari di conflitto pratico che coinvolgono due o più oggetti normativi morali. I *conflitti morali spuri* sono tipologie particolari di conflitto pratico che coinvolgono almeno un oggetto normativo morale. Non mi preoccupero di questo tipo particolare di conflitti, limitando l'oggetto della discussione ai conflitti morali puri.

Tutte le situazioni di conflitto pratico possono essere suddivise in due grandi categorie. Da una parte i *conflitti pratici apparenti*: quei conflitti in cui è soltanto una parvenza che il contenuto degli oggetti normativi non sia compossibile, oppure in cui è soltanto una parvenza che non sia possibile ordinarli. Questo genere di conflitto può essere risolto – almeno in teoria – acquisendo abbastanza informazioni sugli oggetti normativi coinvolti e sulla situazione in cui sono declinati³⁹⁴. Dall'altra parte abbiamo invece i *conflitti pratici genuini*: quei conflitti in cui la non compossibilità e la non ordinabilità sono reali, a dispetto della quantità di informazione che possiamo racimolare. Un conflitto pratico del genere può anche essere indicato col nome di *dilemma pratico*, ed è così che farò anche io: nello specifico, dal momento che i conflitti pratici oggetto del mio discorso saranno sempre conflitti morali puri, adopererò il termine *dilemma morale* per indicare un conflitto morale puro genuino.

Partendo da queste definizioni è possibile ricavare subito una serie di domande sul problema:

- (i). Che tipo di *conflitto morale* è un conflitto tra diritti?
- (ii). Sono possibili *dilemmi morali* basati sul conflitto tra diritti?
- (iii). Che tipo di *procedura* è necessario adottare per risolvere un conflitto morale apparente generato da un conflitto tra diritti?

³⁹⁴Ciò ovviamente può essere impossibile per considerazioni di natura epistemica: ma ciò non toglie che, da un punto di vista morale, il conflitto rimane apparente.

- (iv). La risoluzione di un conflitto morale basato su un conflitto tra diritti dà origine a procedure di *compensazione, risarcimento o apologia*?

L'obiettivo di questa serie di paragrafi è rispondere a (i) e introdurre la questione posta da (ii). Quest'ultima per essere risolta necessita, come ho detto in apertura del capitolo, di una digressione volta ad analizzare i caratteri metaetici, strutturali e funzionali della teoria morale che si intende adottare. Questo tipo di ricerca sarà avviata nella serie di paragrafi [4.2]. La risposta definitiva a (ii) giungerà nel prossimo capitolo [5], dove si affronteranno in seguito anche gli ultimi due problemi (iii) e (iv).

4.1.1 Il conflitto tra diritti: la prima tavola hohfeldiana

Ci possono essere almeno tre tipologie diverse di conflitto tra diritti.

- (i). *Conflitti interni hohfeldiani*: ovvero quei conflitti tra oggetti normativi appartenenti alle categorie hohfeldiane che nel capitolo precedente si sono riconosciute come diritti, nonché il conflitto tra diritti in senso proprio e altri elementi hohfeldiani
- (ii). *Conflitti interni parzialmente hohfeldiani*: ovvero quei conflitti tra diritti e altri oggetti normativi morali non hohfeldiani.
- (iii). *Conflitti esterni*: ovvero quei conflitti tra diritti e altri oggetti normativi non morali.

Il caso (iii) esemplifica un conflitto morale spurio, e come tale esula dal nostro perimetro. Per comprendere meglio le situazioni (i) e (ii) è invece necessario capire in che modo i diritti possono dare luce a situazioni conflittuali. D'ora in poi limiterò a due il numero di oggetti normativi in contrasto tra loro in un conflitto, per evitare complicazioni inutili.

Si dice generalmente che i conflitti tra diritti sono “un modo per parlare dell'incompatibilità dei doveri implicati dai diritti”³⁹⁵, ma questa affermazione è inesatta, se con doveri ci stiamo riferendo a doveri di tipo hohfeldiano³⁹⁶. Si danno sicuramente conflitti tra diritti che sono in pratica situazioni di stallo tra due azioni dal contenuto obbligatorio: conflitti tra due pretese quindi. Ma questo non è l'unico caso conflittuale che può presentarsi. Prendiamo a tal proposito un esempio di Feinberg:

“Supponi di stare compiendo un'escursione in alta montagna, quando una bufera di neve inaspettata colpisce l'area con una ferocia tale che la tua vita è in pericolo.

³⁹⁵Per esempio in J. Waldron, *Conflicts of rights*, op. cit., p. 211.

³⁹⁶Sulla questione vedi per esempio G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., p. 158, oppure F. Kamm, *Conflicts of rights*, in *Intricate ethics*, op. cit., p. 262.

Fortunatamente ti imbatti in una baita non abitata, chiusa e schermata per l'Inverno, chiaramente proprietà di qualcuno. Spacchi la finestra, entri e te ne stai in un angolo per tre giorni fino a che la tempesta non si attenua. Durante questo periodo adoperi la riserva di cibo del tuo sconosciuto benefattore e bruci il suo mobilio nel caminetto per tenerti al caldo.”³⁹⁷

Si tratta questo di un conflitto (ma sicuramente non di un dilemma) tra una pretesa – quella del proprietario della baita – e una libertà – quella dell'alpinista, e quindi di una situazione di contrasto tra un'azione doverosa (rispettare la proprietà altrui) e una lecita (mettersi in salvo). Numerosi autori hanno ribadito il fatto che non sia possibile *violare (1)* (ovvero in un senso questa volta rigoroso, e non più esteso come quello adoperato nel capitolo precedente³⁹⁸) una libertà³⁹⁹. Questo però non implica che non possano darsi conflitti tra libertà e pretese, poiché si possono dare conflitti tra azioni il cui contenuto è obbligatorio e azioni il cui contenuto è permesso. Ciò che non può presentarsi è piuttosto un conflitto tra due libertà. Nello stato di natura hobbesiano, come si era già detto⁴⁰⁰, dove tutti i diritti sono libertà, quello cui si assiste è un conflitto tra azioni, ma non un conflitto tra diritti. Sostenere il contrario significa ammettere la presenza di conflitti dappertutto. Ma due libertà di contenuto diverso sono sempre componibili, anche se soltanto una è *realizzabile*: la mia proprietà su questa torta, per esempio, mi dà sia la libertà di mangiarla, sia di tenerla: ma questo è consistente col fatto che non sia possibile fare entrambe le cose.

Riassumendo quindi: si possono dare conflitti tra due pretese, conflitti tra una pretesa e una libertà, ma non conflitti tra due libertà. Da quanto detto finora dovrebbe seguire inoltre che si possono presentare, nell'ambito dei conflitti interni agli elementi hohfeldiani, situazioni di scontro tra due doveri hohfeldiani, tra doveri e pretese, tra doveri e libertà, tra non-pretese e pretese, tra non-pretese e doveri, ma non tra due non-pretese e tra non-pretese e libertà. Allo stesso modo è possibile pensare, nell'ambito dei conflitti parzialmente hohfeldiani, conflitti tra elementi hohfeldiani e doveri e libertà non hohfeldiane – doveri e libertà non direzionate che danno origine rispettivamente a obbligazioni e permessi – secondo lo schema espresso precedentemente per cui un'obbligazione può confliggere con un permesso o con un'altra obbligazione, e un permesso non può confliggere con un altro permesso⁴⁰¹.

397J. Feinberg, *Rights, justice and the bound of liberty*, op. cit., p. 230.

398Vedi in particolare il paragrafo [3.4.2].

399“Non si può parlare di infrangere il diritto di una persona se il diritto in questione è una libertà. In questo momento ho la libertà di grattarmi il naso, e la ho nei confronti di chiunque nell'universo. Una libertà è un diritto; è possibile che qualcheduno, diciamo Bloggs, possa infrangere questo mio diritto? E come potrebbe?” (J.J. Thomson, *The realms of rights*, op. cit., p. 47).

400Per esempio nel paragrafo [1.2.4].

401Per un resoconto diverso del modo in cui gli elementi hohfeldiani confliggono vedi W. Sinnott-Armstrong, *Moral dilemmas and rights*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op. cit. Sinnott-Armstrong

In questa maniera abbiamo esaurito le relazioni conflittuali tra gli elementi della prima tavola hohfeldiana. Che dire però di quelli della seconda?

4.1.2 Il conflitto tra diritti: la seconda tavola hohfeldiana

Gli elementi appartenenti alla prima tavola non possono mai entrare in conflitto con gli elementi della seconda. Il motivo di questo è semplice: si tratta di due livelli diversi di norme. I due livelli specificano contenuti diversi, che non possono entrare in contraddizione tra loro⁴⁰². Questo vale anche per gli oggetti normativi non hohfeldiani analoghi agli elementi della prima tavola: tutti quegli oggetti che, senza essere una pretesa, una libertà, una non-pretesa o un dovere hohfeldiano, danno comunque origine a elementi primitivi deontici.

Allo stesso modo, non sembra che si possano dare conflitti interni tra elementi della seconda tavola. Una caratteristica implicita che si può estrapolare dalla precedente discussione sui conflitti tra elementi della prima tavola ha messo in luce che, affinché si dia una situazione conflittuale, vi deve essere in gioco almeno un oggetto normativo che sia possibile *violare* (1). Nella seconda tavola non è presente alcun elemento che sia possibile violare (1). Il motivo di ciò è presto detto: gli elementi della seconda tavola sono aletici, e non deontici. Una delle caratteristiche che distingue la logica delle categorie aletiche è che in essa vale la regola (dove «□» significa «è necessario») :

- (1). $\Box A \rightarrow A$

Nelle logiche delle categorie deontiche si ritiene⁴⁰³ invece che il seguente enunciato (dove «O» significa «è obbligatorio») sia falso:

- (2). $OA \rightarrow A$

Questa discrasia è indice del differente significato espresso dalle necessità di tipo logico, matematico e fisico, rispetto alla necessità pratica che ritroviamo nel concetto di dovere. Non è possibile violare (1) una necessità logica o fisica, ma è possibile violare (1) una necessità pratica –

sostiene in questo articolo alcune posizioni particolari – le quali discendono dal suo modo di presentare le situazioni di dilemma morale e dai suoi argomenti in favore dell'esistenza di queste – come, per esempio, l'idea che due libertà confliggano necessariamente – perché solo uno dei due contenuti leciti può essere portato a termine in un dato momento. Questo modo di procedere è ovviamente del tutto inconsistente con la definizione di conflitto pratico che si è data nel paragrafo [4.1].

⁴⁰²Questo non significa ovviamente che le libertà che legittimino l'esercizio di un potere non possano entrare in conflitto con pretese o doveri non hohfeldiani, e così via. Si tratta in ogni caso di un conflitto tra elementi della prima tavola, o analoghi a essi.

⁴⁰³Vedi a proposito G.H. Von Wright, *On the logic of norms and actions*, in R. Hilpinen (a cura di), in *New studies in deontic logic*, op. cit.

ovvero un dovere. In ambito legale, a proposito di un atto legislativo che va contro una immunità, si parla di *atto nullo*, così come *atti nulli* sono tutti quegli atti legislativi promulgati da un potere illegittimo: in entrambi i casi non si parla di violazioni di norme (se non in maniera derivata). Ma la normatività giuridica – così come quella espressa dagli elementi della seconda tavola adoperati in un contesto morale – è pur sempre una *normatività pratica*, e non fisica e o logica. Il trucco adoperato in questo caso è quello di assimilare la necessità implicata da questo genere di oggetti normativi a quella atletica, e non alla necessità frutto della volontà pratica di un agente. In poche parole, gli elementi hohfeldiani della seconda tavola, così come tutte le regole secondarie, *pretendono* di fare riferimento a *eventi* piuttosto che ad *azioni*.

La conseguenza di questo ragionamento (non pretendo qui di trarre conclusioni circa la sua legittimità⁴⁰⁴) è che non sia possibile violare (1) l'elemento analogo alle pretese della seconda tavola, ovvero le immunità⁴⁰⁵. Questo non significa che non sia possibile farlo in quel significato di violare (2) che si è adoperato nel precedente capitolo. Adoperando il significato rigoroso un'azione contraria al contenuto di un'immunità è nulla. Adoperando il significato esteso, un'azione contraria al contenuto di un'immunità è semplicemente posta *fuori del sistema in cui l'immunità è presente*. Se durante una partita a scacchi muovo l'alfiere in verticale o in orizzontale, la mia mossa è nulla («non puoi!» sbatterà il mio avversario). Se mi ostino a volerlo fare, vuol dire semplicemente che non sto più giocando agli scacchi. L'unico modo per violare un'immunità (che da un punto di vista modale significa rendere possibile l'impossibile) è non riconoscerla, il che vuol dire porsi fuori del sistema normativo di cui l'immunità fa parte, all'interno di un altro sistema normativo in concorrenza col primo. Questo significa che ogni conflitto tra elementi della seconda tavola dà luce non tanto a un conflitto morale, quanto a un *conflitto tra sistemi normativi morali differenti*. È questa una quarta forma di conflitto da aggiungersi a quelle elencate precedentemente⁴⁰⁶: una forma di cui non mi occuperò se non perifericamente, dal momento che essa pone problemi politici e morali differenti rispetto a quelli di cui mi sto occupando.

Sono possibili, però, conflitti parzialmente hohfeldiani con protagonisti elementi della seconda tavola? Le funzioni espresse da poteri, immunità, incapacità e soggezioni sono sempre

404Una sola osservazione: da un punto di vista strettamente tecnico la legittimità di un tale modo di procedere è quanto meno ambigua, poiché tratta una prescrizione come una descrizione. Il suo carattere è però dal punto di vista pratico imprescindibile: si pensi solo al fatto che tutto il costituzionalismo ha tra i suoi assunti la premessa che si possano fondare delle regole pratiche nella finzione che esse esprimano una necessità atletica.

405Ciò avrà delle importanti ripercussioni successivamente, quando distinguerò tra la violazione di un diritto e un'infrazione. A proposito vedi il paragrafo [5.2.1].

406A mio parere la letteratura sull'argomento non ha dedicato sufficiente attenzione – per non dire punta attenzione – su questa caratteristica degli elementi hohfeldiani della seconda tavola. Né Sumner, né Rainbolt, i due autori che più di tutti hanno insistito sul carattere atletico degli elementi della seconda tavola, si sono soffermati su questa particolarità, o hanno sviluppato il ragionamento riportato in questo paragrafo sul problema del conflitto tra elementi della seconda tavola.

irrimediabilmente direzionate. Conseguentemente non possono darsi, come è invece nel caso dei doveri e delle libertà, oggetti normativi analoghi agli elementi della seconda tavola, ma non direzionati. Questo non significa però che il ruolo coperto da questi elementi non possa trovarsi, in un sistema normativo, anche fuori dell'ambito hohfeldiano. Il contenuto di un elemento della seconda tavola è sempre una qualche regola secondaria a proposito di un elemento della prima. Ma se lo spazio normativo delle regole primarie non è limitato allo spazio hohfeldiano, allora esisteranno oggetti normativi direzionati analoghi a poteri, immunità, incapacità e soggezioni il cui contenuto è formato da regole secondarie riguardo alle regole primarie non hohfeldiane. Gli elementi della seconda tavola potranno così a volte trovarsi in contrasto con i propri analoghi. Ma ancora una volta, questa situazione non può dare luce, per la stessa logica di prima, a conflitti: le regole secondarie, poiché si poggiano su un tipo di necessità aletica, devono essere sempre specificate e priorizzate di modo che, quando un conflitto si presenta, esso è dovuto soltanto a una nostra mancata percezione delle norme di specificazione che determinano il campo di azione delle regole secondarie coinvolte: tra due regole secondarie che sembrano confliggere, in pratica, solo una può essere valida, mentre l'altra è nulla. E quando ciò è contestato, vuol dire che a confliggere non sono due regole secondarie, quanto due sistemi normativi differenti e in competizione.

4.1.3 Dilemmi morali e consistenza

Da un punto di vista formale abbiamo concluso la descrizione delle tipologie di contrasti tra diritti che possono dare adito a un conflitto morale. Introduciamo quindi il secondo problema elencato in precedenza. Possono darsi *dilemmi morali* basati sul conflitto tra diritti? Per rispondere a questa domanda si deve prima definire meglio che cosa si intenda per dilemma morale.

La situazione classica di un dilemma morale è descritta in questo modo (dove « \diamond » sta per «è possibile»):

- (1). *OA*
- (2). *OB*
- (3). $-\diamond(A\&B)$

È la situazione di conflitto tra due obblighi reali – (1) e (2) – che però non sono composibili – (3). Dal momento che gli elementi deontici primitivi sono tra loro interdefinibili, questa definizione è in grado di descrivere ogni tipologia di dilemma morale.

Si tratta questa di una situazione normativa che è generalmente ritenuta impossibile, perché

inconsistente⁴⁰⁷. Se prendiamo per esempio due principi tipicamente considerati come assiomi della logica deontica⁴⁰⁸, ovvero il principio *ought implies can* (OIC) e il cosiddetto principio di agglomerazione o distribuzione deontica (AGG):

- (4: OIC). $OA \rightarrow \diamond A$ (per tutti gli A)
- (5: AGG). $(OA \& OB) \rightarrow O(A \& B)$

È possibile procedere successivamente in questa maniera:

- (6). $OA \& OB$ (da 1 e 2)
- (7). $O(A \& B)$ (da 5 e 6)
- (8). $O(A \& B) \rightarrow \diamond(A \& B)$ (applicazione di 4 su 7)
- (9). $\neg O(A \& B)$ (da 3 e 8)
- (10). $O(A \& B) \& \neg O(A \& B)$ (da 7 e 9)

E in questo modo si ottiene una contraddizione. Analogamente⁴⁰⁹ è possibile mostrare che i dilemmi sono incompatibili con altri due principi della logica deontica:

- (11). $OA \rightarrow \neg O\neg A$

E

- (12). $\Box(A \rightarrow B) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$

Dal momento che è possibile procedere in questa maniera:

- (1). OA
- (2). OB
- (3). $\neg \diamond(A \& B)$

407Vedi per esempio T.C. McConnell, *Moral dilemmas and consistency in ethics*, "Canadian Journal of Philosophy" 8-2 (1978) oppure D.O. Brink, *Moral conflict and its structure*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit.

408D. Føllesdal & R. Hilpinen, *Deontic logic: an introduction*, in R. Hilpinen, (a cura di), *Deontic logic*, op. cit.

409Vedi T.C. McConnell, *Moral dilemmas and requiring the impossible*, "Philosophical Studies" 29 (1976) oppure nuovamente D.O. Brink, *Moral conflict and its structure*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit.

- (11). $OA \rightarrow \neg O\neg A$
- (12). $\Box(A \rightarrow B) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$
- (13). $\Box\neg(A\&B)$ (da 3)
- (14). $\Box(B \rightarrow \neg A)$ (da 13)
- (15). $\Box(B \rightarrow \neg A) \rightarrow (OB \rightarrow O\neg A)$ (da 12 e 14)
- (16). $OB \rightarrow O\neg A$ (da 14 e 15)
- (17). $O\neg A$ (da 2 e 16)
- (18). $OA\&O\neg A$ (da 1 e 17)

Se ne ricava quindi che, accettando i principi in questione ogni sistema normativo che ammetta dilemmi morali è inconsistente. Sembrerebbe quindi possibile concludere che l'opinione di Ross sui dilemmi sia giusta: essi conducono a una inconsistenza la cui conseguenza “sarebbe quella di metterebbe fine a tutti i giudizi etici”⁴¹⁰.

Ma non tutti paiono pensarla in questo modo. Le precedenti considerazioni formali sono state interpretate in almeno tre modi differenti. Il primo è quello di coloro i quali che, come Ross, hanno preso questi argomenti come una dimostrazione che non si danno dilemmi morali: tutti i conflitti morali sono in realtà conflitti morali apparenti. Altri hanno invece fatto notare che, siccome situazioni irrimediabilmente dilemmatiche si danno – ed è la nostra esperienza a dimostrarlo – allora i sistemi normativi morali possono essere inconsistenti: da qui sembra poi possibile procedere affermando ulteriormente che la logica deontica – e più in generale ogni sistema formale di questo tipo – non è di grande aiuto in ambito morale⁴¹¹. Una terza posizione ha cercato, infine, di salvare la possibilità di descrivere formalmente il ragionamento pratico senza per questo negare i dilemmi: in particolare, questi autori hanno tentato di affermare che la logica deontica – nella sua versione «classica» in cui OIP e AGG sono accettati – non riesce a cogliere la struttura della dimensione pratico-morale, e va pertanto riformata.

Non è possibile sostenere una tra queste conclusioni unicamente a partire da argomentazioni di natura formale. Mi spiego: la logica deontica nasce dal desiderio di cogliere gli aspetti formali del nostro ragionamento pratico da un punto di vista neutrale, cercando ovvero di assemblare un sistema logico in grado di implementare teorie morali molto diverse tra loro. La questione dei dilemmi, come è stato notato⁴¹², mostra uno dei limiti di questo assunto di neutralità. Esistono teorie

410W.D. Ross, *Foundations of ethics*, Oxford University Press, Oxford 1939, p. 60.

411Alcune insoddisfazioni nei confronti di un approccio formalista alla questione dei conflitti morali sono raccolte in C. Melloni, *Il punto di vista dell'agente: il conflitto morale come conflitto di desideri*, in A. da Re & A. Ponchio (a cura di), *Il conflitto morale*, Il Poligrafo, Padova 2011.

412G. Sayre-McCord, *Deontic logic and the priority of moral theory*, “Noûs” 20-2 (1986).

morali che prevedono la presenza di dilemmi pratici, e la logica deontica «classica» non è in grado di implementarle, poiché incorpora delle premesse e delle regole che escludono questo tipo di situazione. Il problema non sta quindi nelle situazioni dilemmatiche, quanto nelle premesse adottate dalla logica deontica «classica». I principi OIC e AGG, in particolare, sono sembrati ad alcuni, decisamente parziali.

Non dovrebbe meravigliare, quindi, che numerosi autori favorevoli ai dilemmi, abbiano cercato, seguendo la terza interpretazione data in precedenza, di emendare in qualche maniera la logica deontica «standard», in modo da renderla capace di digerire le situazioni di conflitto. I tentativi a questo proposito si sono mossi generalmente in due direzioni. Da una parte si è cercato di attaccare i due principi controversi, ovvero OIC e AGG⁴¹³, dall'altra si è provato invece a indebolire o a ridefinire la nozione di consistenza in modo che essa potesse permettere nell'ambito della logica deontica di accogliere le situazioni dilemmatiche⁴¹⁴.

Non interessa qui seguire questi tentativi, che a mio parere sembrano essere poco promettenti. Da un punto di vista generale, non ci sarebbe alcunché di strano nella modifica di qualche premessa formale nell'ambito della logica del nostro ragionamento pratico se fosse *necessario*, indipendentemente da ogni presa di posizione normativa sostantivata, trovare spazio per alcuni fenomeni altrimenti inspiegabili in maniera coerente. La vera sfida è pertanto capire se siamo veramente in questa situazione. *Esistono buoni argomenti in favore dell'esistenza di dilemmi morali a prescindere dai nostri orientamenti metaetici e di etica normativa?* Come dovrebbe essere chiaro dall'introduzione di questo capitolo, la mia risposta è negativa. Prima di saltare alle conclusioni, esaminiamo qualche opinione contraria.

4.1.4 Argomenti in favore dei dilemmi

La caratteristica chiave per comprendere i sistemi normativi che non ammettono dilemmi è che essi sono insiemi di oggetti normativi *ordinabili*. I sistemi normativi che invece ammettono dilemmi non sono ordinabili. Sono stati formulati sistemi normativi di entrambi i tipi. Affinché si possa dire – a prescindere dai nostri orientamenti metaetici e dalle nostre scelte normative sostantivate – che i dilemmi sono una caratteristica imprescindibile dell'orizzonte morale bisogna dimostrare che non è

413Gli attacchi ad AGG risalgono fin dal 1965, anno di pubblicazione da parte di Bernard Williams dell'articolo *Ethical Consistency*, "Proceedings of the Aristotelian Society" (supplement) 39 (1965). Un altro attacco ad AGG è quello di Bas van Fraassen in *Values and the heart's commands*, "The Journal of Philosophy" 70-1 (1973). Anche OIC è stato contestato numerose volte: a partire dal 1962 con *Moral dilemmas*, "The Philosophical Review", 70 (1962) di John Lemmon, e successivamente da Roger Trigg in *Moral conflict*, "Mind" 80, 1971. In anni più recenti Walter Sinnott-Armstrong ha portato nuovi argomenti contro questo principio nel suo *Moral dilemmas*, op. cit.

414In questo filone si collocano i tentativi di Ruth Barcan Marcus in *Moral dilemmas and consistency*, "Journal of Philosophy" 77 (1980) e in *More about moral dilemmas*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit.

possibile formulare correttamente sistemi normativi ordinabili – e che quindi gli unici accettabili sono quelli non ordinabili.

I sistemi normativi sono riconducibili sostanzialmente a due tipologie: sistemi *monomici*, e sistemi *polinomici*⁴¹⁵. I sistemi monomici prevedono un unico principio o regola primaria alla base del sistema normativo cui danno forma. Come già notato a suo tempo da Mill⁴¹⁶ e da Sidgwick⁴¹⁷, i sistemi monomici non possono dare luogo a contraddizioni di sorta. Un esempio canonico di sistema monomico è l'utilitarismo: ed è questo proprio un caso di sistema normativo in cui non possono sorgere dilemmi morali⁴¹⁸. I sistemi polinomici al contrario possiedono più di un principio o regola primaria, e possono pertanto dare origine a situazioni dilemmatiche. *Possono soltanto, o più in generale devono?*

Ci sono almeno tre argomenti che cercano di mostrare come i sistemi monomici *producano necessariamente situazioni dilemmatiche*: un primo argomento basato sull'incommensurabilità dei valori, un secondo sul problema dei dilemmi simmetrici, e un terzo a partire dalla componente emotiva negativa associato a una situazione di conflitto.

Secondo il primo di questi argomenti la pluralità di valori dà luogo necessariamente al conflitto e quindi a dilemmi. Questo avviene poiché si afferma che i valori in questione, per essere davvero plurali e irriducibili uno all'altro, devono essere incommensurabili: ma valori, principi o regole incommensurabili non possono che confliggere. Sebbene sia plausibile se riferito ad alcuni tipologie particolari di sistema normativo⁴¹⁹, questo argomento è debole se si pretende di generalizzarlo. Il concetto di *incommensurabilità* su cui fa leva non implica infatti *incomparabilità*: le due nozioni sono distinte e non riducibili l'una all'altra⁴²⁰. La prima è collegata all'impossibilità di ordinare

415Sull'argomento vedi H. Steiner, *An essay on rights*, op. cit., pp. 113-7.

416Il ragionamento di Mill attorno alla dimostrazione dell'esistenza di un «primo principio della teleologia» lo porta a inferire addirittura la *necessità* che i codici normativi debbano essere monomici, pena il cadere in inconsistenze. Mill, in pratica, nega la possibilità che si diano codici polinomici ordinabili: “non ci sono soltanto primi principi della Conoscenza, ma anche primi principi della Condotta. Ci deve qualche metro con cui determinare bontà o malvagità, assoluta e comparativa, dei fini, o degli oggetti di desiderio. E sia quale sia questo metro, non può che essere uno: poiché se vi fossero molteplici principi di condotta, lo stesso comportamento potrebbe essere approvato da uno di questi principi e condannato da un altro, e ci sarebbe bisogno di un principio più generale come arbitro” (J.S. Mill, *A system of logic ratiocinative and inductive part II*, in *The collected works of John Stuart Mill vol. VIII*, op. cit., p. 232).

417Come Mill, anche Sidgwick pensava che l'unico sistema per evitare stalli deliberativi di fronte a situazioni conflittuali fosse quello di applicare un codice monomico – quello dell'utilitarismo: “quando ci chiediamo quanto possiamo spingerci nel causare sofferenza agli altri uomini (o ad altri esseri senzienti) al fine di ottenere una maggiore felicità per noi stessi o per altre persone, o addirittura per conferire un bene più grande allo stesso sofferente (se la sofferenza è inflitta contro suo volere), non sembra che siamo capaci di ottenere una soluzione chiara e condivisa, se non adottando a questo scopo la formula utilitarista” (*The methods of ethics*, op. cit., p. 348).

418Non a caso gli argomenti in favore dei dilemmi morali, a partire dal famoso argomenti di Jim e Pedro formulato da Bernard Williams (in *Utilitarianism: for and against* (con J.J.C. Smart), Cambridge University Press, Cambridge 1973, pp. 98-100), sono adoperati spesso per attaccare questa teoria normativa e mostrarne le conseguenze ritenute moralmente non accettabili.

419I sistemi normativi polinomici non ordinabili, come sembra essere per esempio l'intuizionismo nella descrizione che ne dà John Rawls in *A theory of justice*, op. cit., p. 34.

420Sull'argomento vedi per esempio R. Chang (a cura di), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*,

secondo quantità equivalenti una serie di elementi, i quali non possono essere commisurati tramite una qualche sorta di «valuta unica». La seconda implica invece che non sia possibile neanche un *ordinamento lessicale*, una indicizzazione ovvero attraverso regole di ordinamento. Molte delle scelte che compiamo in ambito pratico – se non la grande maggioranza – sono scelte tra elementi incommensurabili, ma non per questo incomparabili. Ordinare un piatto di linguine al pesto piuttosto che uno spaghetti al pomodoro rappresenta una scelta tra due oggetti incommensurabili (se non per quanto riguarda certi loro aspetti, come il prezzo, l'apporto calorico, eccetera), ma non per questo la situazione che ne consegue è irrazionale, assurda, o comunque dilemmatica – i due piatti infatti sono comparabili. Allo stesso modo niente obbliga – se non precise scelte metaetiche o sostantivate – a considerare i valori, i principi o le regole alla base di un ordinamento polinomico come incomparabili oltre che incommensurabili.

Non tutte le situazioni dilemmatiche che si possono escogitare prevedono però la compresenza di due oggetti normativi distinti tra loro nel contenuto e nelle conseguenze. Si possono infatti immaginare *dilemmi simmetrici*, situazioni, ovvero, dove un agente è messo di fronte al dovere di scegliere tra due azioni identiche: per esempio il caso, reso famoso da Patricia Greenspan, del «dilemma di Sophie»⁴²¹. In questo dilemma l'agente deve decidere quale dei suoi due figli consegnare a un aguzzino nazista. L'aguzzino ucciderà il figlio scelto, oppure li ucciderà tutti e due nel caso si trovi di fronte a un rifiuto di scegliere. Secondo alcuni autori, questo genere di dilemmi è insolubile⁴²²: come comparare, infatti, due oggetti identici? Ma a ben vedere è possibile pensare a scenari morali in cui questi dilemmi non siano affatto irrisolvibili. La caratteristica comune di queste situazioni simmetriche è infatti quella di essere la declinazione morale della situazione pratica descritta nella famosa storia dell'*Asino di Buridano*. Come nel caso dell'asino affamato, posto in maniera equidistante tra due mucchi di fieno, non vi sono *ragioni* per preferire una scelta piuttosto che un'altra: e non perché non ve ne siano, ma perché si equivalgono. La scelta è quindi indifferente da un punto di vista pratico – e per questo potrebbe sembrare moralmente assurda e insolubile. In realtà, però, se non vi sono ragioni morali per districarsi nella scelta, vi sono in realtà forti ragioni morali *per scegliere*⁴²³. La situazione quindi non è quella classica descritta dai dilemmi, in cui si ha:

Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997.

421 P. Greenspan, *Moral Dilemmas and Guilt*, "Philosophical Studies" 43, 1983. La Greenspan ha tratto questa situazione dal romanzo di William Styron *Sophie's choice*. Per altre tipologie di dilemma simmetrico vedi R.B.

Marcus, *Moral dilemmas and consistency*, op. cit., e P. Railton, *The diversity of moral dilemma*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit.

422 Vedi per esempio R.B. Marcus, *Moral dilemmas and consistency*, op. cit., e W. Sinnott-Armstrong, *Moral dilemmas and incomparability*, "American Philosophical Quarterly" 22 (1985).

423 Sull'argomento vedi A. Donagan, *Consistency in rationalist moral system*, "The Journal of Philosophy" 81-6 (1984) e A. McIntyre, *Moral dilemmas*, "Philosophy and phenomenological research" 50 (1990).

- (1). *OA&OB*

Ma piuttosto una situazione in cui l'agente è posto di fronte a una disgiunzione:

- (2). *OA v OB*

Il fatto che la scelta tra i due obblighi sia indifferente – e che quindi proprio per essere neutrale debba essere causale⁴²⁴ – non inficia il fatto che essa vada comunque compiuta. La situazione, per quanto ingiusta in termini di violazione dei diritti delle vittime, non può essere considerata dilemmatica se la consideriamo nei termini definiti in precedenza⁴²⁵, perché l'agente è moralmente obbligato a superare la situazione di partenza nel migliore dei modi – e quindi non si dà alcun stallo.

Si potrebbe obiettare che questo sistema di procedere è piuttosto rozzo e sbrigativo, poiché non tiene in alcun conto l'esperienza emotiva attraversata dall'agente⁴²⁶. Si tratta di un'obiezione sensata, che apre numerose possibilità di discussione nel campo della psicologia morale. Ma di là del suo sicuro effetto, e del suo interesse fenomenologico, che cosa può dirci veramente riguardo al problema che stiamo affrontando?

Questo genere di richiamo all'esperienza è posto alle basi di uno degli argomenti più noti – ma anche più abusati – a favore dei dilemmi morali: l'argomento a partire dalla *componente emotiva negativa* associata a un dilemma⁴²⁷, declinata di volta in volta come rimorso, compunzione, colpa, ecc. Questa tesi sostiene che il residuo emotivo⁴²⁸ che compare quando l'agente compie una delle azioni che stanno alla base di un corno del dilemma è indice della genuina dilemmaticità della situazione. Questa prova della «componente emotiva negativa» è stata contestata svariate volte⁴²⁹.

424 Sul fatto che la casualità della scelta sia eticamente legittima in questi casi – sebbene magari non soddisfacente da un punto di vista psicologico – vedi R. Hare, *Moral thinking*, Oxford University Press, Oxford 1981, p. 201 e S. Blackburn, *Dilemmas dithering, plumping and grief*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit., pp. 129-31.

425 Per questi ultimi punti, in particolare la questione dei diritti morali delle vittime nei dilemmi simmetrici, mi si permetta di rimandare a P. Biasetti, *Dilemmi simmetrici e diritti morali delle vittime*, in A. Da Re & A. Ponchio (a cura di), *Il conflitto morale*, op. cit.

426 Carla Bagnoli ritiene per esempio insoddisfacente il ricorso al caso in questo tipo di scelte pratiche a partire dal concetto di integrità dell'agente (C. Bagnoli, *Dilemmi morali*, De Ferrari Editore, Genova 2006, pp. 110-4).

427 A proposito vedi: B. Williams, *Ethical consistency*, op. cit.; R.B. Marcus, *Moral dilemmas and consistency*, op. cit.; B. van Frassen, *Values and the heart's commands*, op. cit. Un'analisi e una difesa delle posizioni di Marcus a riguardo si trova in P. Greenspan, *Perspectival guilt*, in W. Sinnott-Armstrong (a cura di), *Modality, morality, and belief. Essays in honor of Ruth Barcan Marcus*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

428 È necessario distinguere questo residuo emotivo dal residuo morale di cui parlerò nel prossimo capitolo (nella serie di paragrafi [5.2]) discutendo a proposito della differenza tra l'infrazione di un diritto e la sua violazione. Come per la colpa morale in generale, un residuo emotivo di carattere psicologico può accompagnare questo genere di residuo morale di cui tratterò, ma anche qui non si tratta affatto di una sua caratteristica necessaria, per quanto auspicabile.

429 Per esempio da E. Conee, *Against moral dilemmas*, "The Philosophical Review" 91 (1982); T. McConnell, *Moral residue and dilemmas*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op.cit.; P. Foot, *Moral realism*

Dal canto mio, mi limiterò a registrare come la psicologia del residuo nell'uomo sia tutt'altro che sicura e affidabile. Non è raro che un residuo emotivo sia presente anche senza alcuna responsabilità effettiva, come accade a molte persone che sono sopravvissute a genocidi o a catastrofi, ma che si sentono tuttavia afflitte da sensi di colpa nei confronti di chi non è stato così fortunato. In altri casi – come per esempio quando un automobilista travolge un pedone per un'imprudenza di quest'ultimo e non per propria colpa – non riteniamo invece psicologicamente sana l'assenza di residui emotivi negativi affini alla colpa – magari solo nei momenti successivi all'accaduto – in una persona innocente. Si potrebbe andare avanti così e citare altri casi in cui residuo e colpa morale non sono correlati. Ma se la correlazione non è certa a priori, per stabilire quando essa lo sia si necessita di un criterio terzo. Un criterio, ovvero, che sia capace di stabilire la dilemmaticità di una data situazione: il compito per cui era stato chiamato in causa originariamente il residuo! Conseguentemente neanche questo argomento riesce nel compito di dimostrare da un punto esterno alla teoria morale l'impossibilità che si possano dare sistemi normativi polinomici non ordinabili.

and moral dilemma, "Journal of Philosophy", 80-7 (1983) e *Moral dilemmas revisited*, in W. Sinnott-Armstrong (a cura di), *Modality, morality, and belief*, op. cit.; M. Zimmerman, *The concept of moral obligation*, op. cit. A tal proposito è utile anche l'analisi del sentimento di colpa portata avanti da R.J. Roberts, *What an emotion is: a sketch*, "Philosophical Review" 97 (1988).

4.2 Dilemmi e teorie morali

Se non ci sono argomenti a priori convincenti contro la possibilità che si diano sistemi normativi – mononomici e polinomici – ordinabili, allora forse la problematica dei dilemmi morali è una questione *interna* alle varie teorie morali che si possono formulare, e non tanto una questione generale che si possa risolvere da un punto di vista esterno ed estraneo rispetto ai nostri sguardi particolari sull'etica – un punto di vista che si può definire come *archimedeo*. In particolar modo, la problematica dei dilemmi morali – e quindi del conflitto tra diritti – potrebbe essere legata alla prospettiva con cui decidiamo di affrontare, all'interno di una teoria normativa particolare, l'*esperienza* del conflitto pratico. Come si è visto in precedenza, il fatto che i dilemmi morali causino delle inconsistenze all'interno della logica deontica classica non dice alcunché riguardo alla loro effettiva esistenza: questo perché alla base dei risultati della logica deontica ci sono degli assunti che possono essere modificati o addirittura ignorati. Poiché queste prese di posizione da una parte scardinano del tutto l'analogia con la logica modale dei concetti aletici che sta alla base dell'idea originale di una logica deontica, e dall'altra fanno violenza almeno in parte con le nostre intuizioni preteoretiche riguardo al funzionamento della ragion pratica, esse possano essere considerate – e a mio avviso è così – implausibili, o almeno *prima facie* molto onerose.

Ma d'altro canto è anche vero che la nostra esperienza morale testimonia a favore di situazioni di conflitto, che molte volte sembrano produrre dei dilemmi. Rimangono quindi ancora aperte le tre opzioni elencate in precedenza nel paragrafo [4.1.3]: negare i dilemmi, negare l'ordinabilità dei sistemi morali, riformare la logica deontica «classica». La scelta di una tra queste opzioni è resa problematica dal fatto che non esiste un punto archimedeo privilegiato da dove risolvere la questione se si vuole prendere sul serio l'esperienza del conflitto pratico: gli argomenti che ci possono portare a sostenere un'opzione rispetto a un'altra possono essere costruiti soltanto a partire da quelli che sono i caratteri specifici della particolare teoria morale che ci impegniamo a sostenere.

Su questa scia, Bernard Williams ha per esempio argomentato nell'ultimo capitolo del suo *Ethics and the limits of philosophy*⁴³⁰ che una delle caratteristiche possedute dalla «moralità sistematica» tipica della riflessione etica contemporanea è quella di negare la possibilità che un agente si trovi di fronte a due obblighi effettivi ma non compossibili, cercando di mostrare come questa negazione dei dilemmi discenda da alcune caratteristiche strutturali che questo genere di teorie accoglie nelle proprie premesse. Nonostante non consideri apprezzabili le note conclusioni che Williams trae dalla sua analisi della «moralità sistematica», la sua intuizione riguardo al rapporto tra un certo modo di concepire la teoria morale e l'attitudine nei confronti dei dilemmi che ne discende mi trova d'accordo. Il giudizio sulla possibilità dei dilemmi deriva dalla percezione che ricaviamo

430B. Williams, *Ethics and the limits of philosophy*, Fontana, London 1985, cap. X.

dall'esperienza del conflitto pratico *filtrata dall'impianto generale della nostra teoria normativa*.

Se le cose stanno così, un discorso sui dilemmi morali come quello richiesto per rispondere alla seconda domanda posta in [4.1] ci porta inevitabilmente a chiederci quali siano i caratteri generali della teoria morale entro cui ci stiamo muovendo. La questione è troppo vasta per essere esaurita nello spazio che è possibile dedicargli. Nondimeno essa merita di essere presa in considerazione, poiché permetterà anche di toccare nuovamente un nervo che si era lasciato scoperto nel capitolo [1]: quello della epistemologia e dell'ontologia dei diritti⁴³¹.

4.2.1 *Realismo e anti-realismo*

Una prima questione legata ai presupposti precedenti è il diverso atteggiamento che si può avere nei confronti dei dilemmi in base a quelle che sono le differenti coordinate metaetiche che possono assumere le teorie morali. Definiamo quali possono essere queste coordinate.

La metaetica può essere vista come una riflessione sullo statuto e sulle relazioni che intratteniamo coi valori e con gli oggetti normativi in generale. Uno dei problemi principali della metaetica, se non forse la sua questione principe, è quella dell'oggettività o soggettività della morale: il problema, ovvero, riguardo alla possibilità di giungere a una fondazione dell'etica che sia in qualche maniera indipendente dalla realtà umana contingente. La questione è declinata su numerosi lati: sul piano linguistico-concettuale attraverso la dicotomia cognitivismo/non-cognitivismo, e su quello ontologico nella coppia formata dalle nozioni opposte di realismo e anti-realismo. Esistono diverse varianti di queste posizioni concettuali, che vanno quindi considerate come famiglie più che come tesi nette. Esse si possono caratterizzare schematicamente dicendo che il *cognitivismo* sostiene che i termini morali fanno riferimento a fatti di qualche sorta, e possono pertanto essere veri o falsi; il *non-cognitivismo* sostiene che i termini morali non fanno riferimento a fatti di sorta, e pertanto non sono significanti; il *realismo morale* sostiene che esistono fatti morali (e si accompagna per questo di solito al cognitivismo); l'*anti-realismo* afferma invece che non esistono fatti morali.

Bernard Williams ha sostenuto⁴³² che l'esistenza di dilemmi morali è incompatibile con le posizioni realiste. L'argomento di Williams ha la forma di un *modus tollens* e giunge quindi alla sua conclusione argomentando a favore dei dilemmi morali da una posizione archimedeica, cosa che come si è visto nei precedenti paragrafi non sembra essere possibile. Non è quindi l'argomento in sé che mi preme discutere⁴³³, quanto una premessa del ragionamento di Williams. Che è questa: se il realismo morale è vero, allora i dilemmi morali non possono sorgere. Perché? Se l'affermazione di

431 Come già ricordato, vedi in particolar modo il paragrafo [1.1.7].

432 In *Ethical consistency*, op. cit. e *Consistency and realism*, "Proceedings of the Aristotelian Society" 30 (1966).

433 E neanche la sua plausibilità generale: per delle difese della posizione contraria vedi il già citato P. Foot, *Moral realism and moral dilemma*, op. cit., e il più debole S. Guttenplan, *Moral realism and moral dilemmas*, "Proceedings of the Aristotelian Society" 80 (1979).

Williams fosse giusta allora saremmo di fronte a un primo importante discrimine tra teorie che accettano i conflitti morali e teorie che invece li rifiutano.

Williams sembra sostenere che la consistenza è una caratteristica richiesta dalle teorie morali con impianto realista poiché queste – essendo anche cognitive – devono trattare i conflitti pratici come se fossero conflitti tra *credenze* e non come conflitti tra *desideri*. Williams afferma quindi che:

“L'approccio non-realista può ammettere la possibilità che si sia costretti ad accettare due giudizi morali inconsistenti riguardo alla stessa situazione, ciascuno di essi supportato dalle migliori ragioni possibili, e ciascuno di essi bisognoso di una ferma accettazione (...). L'inconsistenza non mostra necessariamente che qualcosa è andato storto – tranne che nella situazione. Mentre invece nella prospettiva realista non può essere così.”⁴³⁴

Impegnandosi a concepire la realtà morale in analogia a quella fattuale – accogliendo ovvero la tesi per cui la moralità si riferisce a fatti morali la cui natura è analoga a quella di fatti di altro tipo, il realista morale si impegna a fare del conflitto pratico un conflitto tra credenze. E un conflitto di credenze può essere soltanto un conflitto apparente, poiché una credenza non può essere allo stesso tempo vera e falsa. Per questo motivo il realista morale non può ammettere dilemmi.

L'argomento di Williams è sicuramente potente. Ma esso non riesce a mostrare che il realismo morale sia incompatibile coi dilemmi: può soltanto mostrare questo riguardo a *certe tipologie* di realismo morale. Mi spiego. Anzitutto come si è detto un realista morale potrebbe comunque riformulare la nozione di consistenza pratica in maniera differente, oppure cercare di smantellare uno dei principi della logica deontica «classica» che portano a contraddizioni in caso di un dilemma. Secondariamente, il discorso sulla colpa morale che sta alla base della descrizione del realismo fatta da Williams è vero soltanto per *certe* morali realiste. Possiamo benissimo immaginare teorie morali realiste che si basano su qualche forma di rivelazione e in cui le norme sono interpretate in chiave volontaristica. Queste morali, pur facendo riferimento a fatti normativi «forti», non devono essere necessariamente «razionali». Esse, infatti, possono alzare l'asticella della possibilità di realizzare il nostro dovere molto più in alto dell'umana capacità, e giustificare lo stesso le proprie norme tramite l'appello all'imperscrutabilità divina, oppure a qualche concetto di peccato originario o di caduta che attribuisce le colpe al soggetto anche a dispetto del fatto che questo cerchi di fare del suo meglio. Simili morali sarebbero realiste ma inconsistenti dal punto di vista formale. Per gli argomenti precedenti, quindi, a dispetto di quello che può pensare Williams, si

⁴³⁴*Consistency and realism*, op. cit., p. 205.

possono presentare di sistemi di obbligazioni inconsistenti, ma la cui efficacia morale permane intatta e il cui realismo è fuori discussione.

Per questi motivi non si può dire in senso assoluto che il realismo morale sia incompatibile con i dilemmi. Solo un certo tipo di realismo lo è. Alla stessa maniera, il suo opposto – l'anti-realismo – può interpretare correttamente il fenomeno dei dilemmi morali, ma questa non è una sua caratteristica necessaria. Richard Marvyn Hare, un non-cognitivista alla stregua di Williams, fornisce con la sua teoria dei due livelli⁴³⁵ un quadro teorico dove gli oggetti normativi, nonostante non facciano riferimento a caratteri di verità o falsità, sono comunque ordinabili senza che si vengano a creare tra loro dilemmi: mostrando in questo modo come anche in campo non-realista⁴³⁶ sia possibile costruire un resoconto della pratica morale in grado di escludere la presenza di dilemmi morali.

4.2.2 *L'epistemologia dei sistemi normativi morali*

Come sostenevo all'inizio di questo capitolo, è necessario ribaltare l'atteggiamento ordinario che pretende di ricavare soluzioni in ambito metaetico a partire dalla discussione sui dilemmi: dobbiamo invece rivolgerci alle nostre posizioni metaetiche per capire quale atteggiamento è possibile adottare. Il problema dei conflitti genuini non è indipendente dall'assetto generale di un particolare sistema normativo morale, ma si concepisce in esso. Raffinare la nostra tassonomia delle teorie morali è quindi un aiuto decisivo per orientarci nella questione.

A questo proposito è utile formulare una riflessione di carattere generale sull'epistemologia dei sistemi normativi morali: a partire da che cosa e attraverso quali processi ci troviamo di fronte a costellazioni di oggetti normativi ordinati in qualche modo? La questione è strettamente collegata con l'ontologia morale che decidiamo di sostenere, e questa deve cadere in qualche punto tra i due poli del realismo e dell'anti-realismo.

Le modalità attraverso cui si può rispondere alla precedente questione stando nel campo realista cadono all'interno di tre grandi categorie⁴³⁷, corrispondenti ad altrettante tipologie del conoscere. La

435Vedi R.M. Hare, *Moral thinking*, op. cit., in particolare il capitolo II. Hare distingue a tal proposito tra un primo livello «intuitivo» di norme non ordinate, dove possono aversi delle inconsistenze e dove avviene l'esperienza fenomenologica del conflitto e delle emozioni negative associate a esso, e un secondo livello «critico» dove si trovano invece gli strumenti necessari per ordinare la realtà morale.

436Scrivo «non-realista» piuttosto che «anti-realista» in quanto la riflessione metaetica di Hare è prettamente linguistica e rifiuta le questioni ontologiche. Nel suo saggio *Nothing matters* (in R.M. Hare, *Application of moral philosophy*, University of California Press, Berkeley & Los Angeles 1972) Hare si dice convinto che da un punto di vista operativo un mondo realista – in cui si danno fatti morali – e un mondo anti-realista – dove questi fatti non sono presenti – sarebbero identici.

437In questo abbozzo schematico dei diversi approcci fondazionalisti del realismo evito di menzionare del tutto strategie di fondazione circolare o basate su un regresso infinito, poiché non le ritengo praticabili – nonostante questa sia una tesi che assumo qui senza una adeguata giustificazione. Tentativi di fondare il ragionamento etico senza fare alcun riferimento alla problematica realistica sono quelli portati avanti da T. Nagel, *The view from nowhere*, Oxford University Press, Oxford 1986 e H. Putnam, *Ethics without ontology*, Harvard University Press,

prima è quella della *scoperta*. La scoperta, come scrive Alan Dershowitz, è qualcosa di inevitabile:

“È solo una questione di tempo prima che qualcuno trovi o s'imbatta in un luogo, fenomeno o legge fisica che esiste in natura. La scoperta connota un ente esistente che aspetta di essere scoperto, se solo guardiamo nel posto giusto.”⁴³⁸

Chi prende parte a questo campo epistemologico considera gli oggetti normativi come dei fatti esistenti nel mondo e indipendenti dal soggetto: conoscerli significa di fatto scoprirli. Un esempio di questo modo di procedere si ha in svariate teorie dei diritti naturali e della legge naturale, laddove si considera quest'ultima una fonte oggettiva e reale di normatività da cui scoprire in seguito quali sono i diritti e i doveri dell'uomo.

La seconda modalità epistemologica del realismo è quella della *rivelazione*. La rivelazione, così come la scoperta, presuppone che il mondo morale sia già dato oltre i confini del soggetto. Ma a differenza della scoperta, sostiene che esso non sia accessibile autonomamente al soggetto stesso: lo è soltanto attraverso una mediazione di qualche tipo. Le morali religiose sono sistemi normativi basati sulla rivelazione, anche se in molte di esse convive una tensione tra l'elemento della scoperta, e quello della rivelazione, così come tra legge naturale e legge divina.

La terza modalità è quello della *costruzione*. Il realista può infatti sostenere che un sistema normativo sia una struttura complessa che i soggetti costruiscono prima di abitarla sulla base di poche regole iniziali. Queste devono essere o scoperte o rivelate, pena la caduta in una forma di giustificazione circolare: ed è per questo motivo che questo metodo è in fin dei conti soltanto una variante degli altri due.

Il fronte anti-realista nega invece la presenza di fatti morali. I valori non sono indipendenti dai soggetti, ma si costituiscono sulla loro base. Le fonti dei valori possono essere diverse – e altrettanto diversi i modi attraverso cui è possibili conoscerli. Essi potrebbero essere semplicemente espressione dei desideri, dei bisogni immediati del soggetto, delle dotazioni naturali oppure derivare da complesse costruzioni storiche e sociali di natura convenzionale: non c'è limite alle sfumature che possono essere accolte e difese, e alle interazioni tra varie tipologie di fatti non-morali che si possono prevedere. Il punto non è tanto quindi come sono conosciuti, ma quale *atteggiamento* adottare di fronte alla negazione del loro carattere esterno e indipendente. A differenza del realismo, dove il problema assume caratteristiche prettamente teoretiche, nell'anti-realismo la questione problematica di fronte ai valori è di natura pratica, poiché *il valore dei valori* non è esterno e

Cambridge (Mass.) 2004.

438A. Dershowitz, *Rights from wrongs*, op. cit., p. 42.

autonomo, ma dipende dal soggetto – e dalla *pluralità* dei soggetti. Sono tre gli atteggiamenti nei confronti dei valori cui l'anti-realismo può dare luogo.

Il primo è quello del *nichilismo pratico*. Si tratta dell'atteggiamento di chi rinuncia al fenomeno della morale, motivando questo rifiuto col fatto che essa sia a vario titolo impossibile, inutile, o dannosa. Il nichilismo pratico è qualcosa di diverso dal nichilismo ontologico che accompagna l'anti-realismo, anche se in genere troviamo il primo soltanto laddove v'è il secondo.

Il secondo atteggiamento possibile cui può dare origine l'anti-realismo è il *relativismo pratico*. Il relativista pratico sostiene la natura soggettiva degli oggetti morali, e pur rifiutandosi di considerarli intrattabili, o inutili, oppure dannosi, ritiene non sia possibile mettere in ordine e sistematizzare il fenomeno morale. La posizione di Bernard Williams, così come la si è sbrigativamente vista nel paragrafo precedente, pare implicare una sorta di relativismo pratico, poiché essa sembra trattare essenzialmente le situazioni conflittuali come conflitti tra desideri. Si tratta questa solo di una tra le tante incarnazioni che può assumere questa posizione.

L'ultimo atteggiamento possibile che si può assumere a partire dall'anti-realismo è quello di pensare agli oggetti normativi come a delle *invenzioni*. L'invenzione, a differenza della scoperta, è frutto della prassi umana. Nella sua pratica si assemblano materiali e altri oggetti secondo un piano prestabilito, con lo scopo di costruire un nuovo oggetto che possieda una *funzione* in precedenza desiderabile ma mancante. Anche gli oggetti che sono scoperti (o rivelati) possono possedere una funzione di qualche tipo, ma questo è un carattere del tutto accidentale (così come è accidentale che possa usare un sasso per macinare del grano, marcare un punto nel terreno o tenere aperta una porta). L'invenzione, affinché si possa dire tale, non soltanto deve emergere da una progettualità umana, ma deve anche possedere una funzione – o delle funzioni – intrinseche. Questo significa che quelle che si sono chiamate *ragioni*⁴³⁹, ovvero le capacità di collegare razionalmente i fatti normati con la norme che li presiedono, occupano un ruolo assolutamente centrale nei sistemi normativi basati sull'invenzione. Questo ruolo centrale non è affatto scontato per i sistemi normativi a sfondo realista (basti pensare al volontarismo, o alle teorie riguardo alla sottomissione, o al caso dei tabù). A differenza della costruzione, poi, l'invenzione non può ritenersi mai qualcosa di *fondato* (ma solo al limite, se proprio dobbiamo specificare la cosa, potremmo dire – più modestamente – *giustificato*), poiché essa non poggia su fondamenta scoperte o rivelate.

A grandi linee sono quindi questi i tre atteggiamenti che è possibile adottare come conseguenza di un anti-realismo metaetico. Il confine tra essi è comunque sfumato. Inoltre, è possibile che una teoria morale ne adotti più d'uno – anche tutti e tre – applicando al livello locale di singoli problemi un atteggiamento di volta in volta diverso.

439Per la definizione in questo contesto di una ragione vedi il paragrafo [1.1.2].

Chiediamoci adesso come possono essere trattati i dilemmi sulla base delle precedenti osservazioni. Anzitutto, quello che si può notare è che, per quanto riguarda le tre teorie realiste, non c'è modo alcuno di sapere – a priori della scoperta/rivelazione/costruzione – se il sistema normativo sia ordinabile o no. Le teorie a stampo realista contengono sempre – in grado massimo forse la rivelazione, in grado minimo la costruzione – un elemento esterno di progettualità (vera o presunta) su cui gli agenti non hanno alcun controllo. Acquisendo informazioni riguardo ai valori potremmo sempre imbatterci, a un certo punto, in un conflitto. E non è detto, come si è visto nel precedente paragrafo, che questo conflitto non possa dare luce a un dilemma genuino.

La posizione relativista, in seconda istanza, ammetterà quasi sicuramente – a meno che non si presentino delle miracolose concordanze di gusti e preferenze tra e negli agenti – la presenza di dilemmi morali. Un atteggiamento del genere, infatti, rinuncia spesso a ogni tentativo di ordinare e rendere omogeneo il campo normativo, poiché lo considera irrimediabilmente plurale, e nega che vi siano dei criteri certi per dirimere gli attriti che si possono creare tra sistemi di valori differenti, o anche tra valori appartenenti alla stessa costellazione normativa.

La posizione che fa capo invece all'idea di invenzione sembra essere – unica in questo – dotata di una certa discrezionalità riguardo alla presenza di dilemmi. Il processo di costituzione di questo genere di normatività morale è dipendente dalla progettualità dell'agente – o più probabilmente, di un insieme di agenti – e pertanto non c'è alcun motivo a priori per cui esso debba, o non debba, contenere dilemmi morali.

4.2.3 Una strategia anti-realista

Vorrei adesso, aprendo una digressione, formulare e difendere una strategia *anti-realista* basata su questi tre punti:

- (i). Un assetto che nell'ambito locale di quella che si è chiamata morale in senso stretto sia basato sull'atteggiamento dell'invenzione.
- (ii). Che faccia ricadere l'origine dei diritti in questo ambito.
- (iii). Che escluda la possibilità in questo ambito di dilemmi morali – e quindi di dilemmi causati da conflitti tra diritti.

Gli ultimi due punti saranno argomentati nella prima parte del prossimo capitolo: prima di affrontarli è infatti necessario spiegare perché si è deciso per l'anti-realismo, e in particolare per quale tra le sue tante incarnazioni.

Il quadro metaetico cui intendo fare riferimento è quello della cosiddetta *teoria dell'errore* [*moral error theory*], la quale è stata sostenuta in epoca contemporanea e a vario titolo da autori come John Leslie Mackie⁴⁴⁰, Micheal Ruse⁴⁴¹, Richard Joyce⁴⁴², John Burgess⁴⁴³, Charles Pigden⁴⁴⁴, Richard Garner⁴⁴⁵. Il pantheon filosofico di riferimento di questa posizione è composto secondo Mackie da Hume⁴⁴⁶ e dal filosofo antropologo finlandese Edvard Westermarck⁴⁴⁷. Pigden vi ha recentemente aggiunto Nietzsche⁴⁴⁸, e in esso va sicuramente annoverato anche, grazie agli studi di Alan Ryan⁴⁴⁹, il Bertrand Russell di un piccolo scritto giovanile rimasto a lungo inedito⁴⁵⁰.

La teoria dell'errore può essere caratterizzata brevemente come un'analisi cognitivista del linguaggio morale, accompagnata a una presa di posizione anti-realista. L'anti-realismo di questo approccio è giustificato a partire da due ordini di considerazioni. Il primo è di natura empirica: la varietà storica e geografica degli ordinamenti morali cui gli uomini hanno preso parte sembrerebbe mostrare una certa eterogeneità di fondo dei valori incompatibile con l'idea realista per cui la morale sia qualcosa che si scopre o è rivelato; allo stesso tempo, quelle poche caratteristiche generali che si possono ritrovare in quasi ogni ordinamento morale, a dispetto dell'epoca e delle variazioni culturali, sembrano essere qualcosa di insito nella nostra natura, o il naturale ripetersi di determinate risposte «valide» di fronte a situazioni con caratteristiche ambientali simili: in entrambi i casi non paiono derivare da fatti esterni indipendenti da noi. Queste tesi non sono ovviamente sufficienti a

440J.L. Mackie, *Ethics*, op. cit.; *A refutation of morals*, "Australasian Journal of Philosophy and Psychology" 23 (1946). Un inquadramento teorico completo sulla teoria morale di questo autore è contenuto in B. de Mori, *Inventare il giusto e l'ingiusto. Saggio sull'etica di John Leslie Mackie*, Il Lavoro Editoriale, Ancona 1998. Il nocciolo delle tesi che avvanzerò nei prossimi paragrafi è in gran parte tratto da lavoro di Mackie, o da conseguenze che se ne possono estrapolare. Come ho già accennato in apertura di questo capitolo, la materia che tratterò sarà necessariamente abbozzata: non potrò soffermarmi su vari passaggi tra gli argomenti e sulle possibili obiezioni che possono provocare, così come dovrò dare per scontate certe premesse di partenza. Ho avanzato una ricostruzione complessiva delle argomentazioni di Mackie in favore della teoria dell'errore, comprensiva di una discussione riguardo alle obiezioni che le sono state poste, nella mia tesi di laurea magistrale, *La filosofia morale di John Leslie Mackie*, discussa nel 2008 all'Università di Pisa (relatore, prof. Lorenzo Calabi) che può essere consultata in formato digitale presso il sito <http://etd.adm.unipi.it/ETD-db/>.

441M. Ruse, *Taking Darwin seriously*, Prometheus Book, New York 1998.

442R. Joyce, *The evolution of morality*, op.cit.; *The myth of morality*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

443J. Burgess, *Against ethics*, "Ethical Theory and Moral Practice" 5 (2007).

444C. Pigden, *Nihilism, Nietzsche and the Doppelgänger Problem*, "Ethical Theory and Moral Practice" 5 (2007).

445R. Garner, *Abolishing morality*, "Ethical Theory and Moral Practice" 5 (2007); *On the genuine queerness of moral properties and facts*, "Australasian journal of philosophy" 68 (1990).

446Vedi a proposito J.L. Mackie, *Hume's moral theory*, Routledge & Kegan Paul, London 1980. Una interpretazione di Hume che riprende in alcuni punti quella di Mackie si trova in J. Rawls, *Lectures on the history of moral philosophy*, op. cit., V.5.iv.

447All'interno della vasta bibliografia dell'autore finnico Mackie si riferisce in particolar modo alle opere *The origin and development of the moral ideas*, II volumi, Macmillan, London 1906 e 1915 ed *Ethical relativity*, Routledge & Kegan Paul, London 1932. Interessante sugli spunti forniti da Westermarck per la formulazione della teoria dell'errore è inoltre J.L. Mackie, *Morality and the retributive emotions*, "Acta Philosophica Fennica" 34 (1982), ristampato in *Persons and values*, op. cit.

448Nihilism, Nietzsche and the Doppelgänger Problem, op. cit.

449A. Ryan, *Introduction: more on Russell on the meaning of «good»*, "Russell. Journal of the Bertrand Russell Archives" VI-2 (1986-7). Sulla questione si sofferma anche Luca Fonnesu in *Errori dell'ontologia. Percorsi della metaetica tra Russell e Mackie*, in L. Ceri & S.F. Magni (a cura di), *Le ragioni dell'etica*, ETS, Pisa 2004.

450B. Russell, *Is there an absolute good?*, "Russell. Journal of the Bertrand Russell Archives" IV-2 (1986-7).

provare alcunché riguardo alla natura degli oggetti morali⁴⁵¹: possono al massimo mettere in luce sospetta le pretese del realismo. Ma è a partire da qui che i teorici dell'errore mettono in campo una seconda batteria di argomenti, che non fa più capo a un semplice, ma non per questo banale, relativismo.

I teorici dell'errore solitamente sottolineano come l'idea di fatto morale propria del realista – laddove per fatto si può intendere una qualità, una relazione, una proprietà e quindi anche qualcosa di non identificabile con un'oggettualità – sia un'idea *eccentrica*. Questi fatti morali per come sono definiti dalla prospettiva realista, devono avere tre caratteristiche peculiari: devono essere indipendenti dai soggetti per quanto riguarda la loro verità o falsità; devono essere indifferenti riguardo ai desideri, credenze, emozioni e sensazioni che i soggetti possono avere; devono essere motivanti e prescrittivi in se stessi e non per qualche altro motivo. Quindi, un'asserzione come «nascondere lo zerbino del vicino è sbagliato» secondo un realista implicherebbe che c'è un qualche genere di fatto morale capace di garantirne la verità o falsità; l'asserzione rimarrebbe vera indipendentemente da quello che noi possiamo pensare o provare riguardo al suo contenuto; dovrebbe essere capace, a meno di difetti della nostra volontà, di motivare e prescrivere moralmente le nostre azioni a riguardo senza riferimenti di altro genere. Una tale classe di fatti è eccentrica, secondo i teorici dell'errore. Essa non somiglia ad alcun'altra classe di fatti di cui abbiamo esperienza nel mondo e implica un'ontologia peculiare, *sui generis*. Ma, come sottolineano i teorici dell'errore, abbiamo buone evidenze a posteriori per un'ontologia monista – naturalista – e per questo motivo postulare *ad hoc* questo genere di fatti eccentrici è una violazione del principio di economia postulativa.

Accanto a questa denuncia ontologica di eccentricità, ve n'è una parallela di natura epistemologica: in che modo infatti possiamo conoscere questo genere di fatti eccentrici e moralmente prescrittivi? Dovremmo postulare una facoltà conoscitiva del tutto diversa da quelle che abbiamo sotto gli occhi, e anche questo sembra un inflazionamento ingiustificato delle nostre prospettive teoriche, così come ingiustificato sembra essere il ricorso a concetti come quello di sopravvenienza, i quali, per come sono formulati allo stato dell'arte attuale, creano più confusione di quella che dissipano.

Il teorico dell'errore giustifica con questi argomenti il suo anti-realismo. Ma a differenza di tante altre teorie simili è pronto ad accettare l'analisi cognitivista del linguaggio morale che solitamente si accompagna al realismo: un'asserzione come «nascondere lo zerbino del vicino è sbagliato»pretende di richiamarsi a un qualche genere di fatto per essere validata, non è un semplice

⁴⁵¹Si tratta infatti di una riproposizione di argomenti che risalgono almeno alla sofistica, conosciuti e dibattuti quindi fin dall'antichità. Sull'origine sofistica di questo genere di considerazioni la testimonianza forse più significativa è quella contenuta negli anonimi *Discorsi duplici* (cfr. Diels-Kranz 90).

conato emotivo. Allo stesso modo non può essere considerata un'asserzione descrittiva – che fa riferimento a fatti naturali – poiché contiene entro di sé una prescrizione: deve quindi far riferimento a fatti di natura prescrittiva⁴⁵², proprio quel genere di fatti che in precedenza il teorico dell'errore aveva considerato eccentrici, e quindi non accettabili nella nostra ontologia. Il risultato singolare che si ottiene quindi combinando queste due posizioni è che, secondo i teorici dell'errore, tutti gli enunciati morali sono analoghi all'enunciato «l'attuale re di Francia è calvo». Possiamo interpretare questa frase come falsa, oppure sostenere che mancano i presupposti per dire che essa sia vera o falsa: ma qualsiasi delle due analisi sosteniamo, l'altra faccia della medaglia è che essa *non è vera*: da qui il nome per questa posizione metaetica di «teoria dell'errore».

4.2.4 La morale come invenzione e dispositivo

Da questo quadro metaetico finiamo per essere inesorabilmente condannati ad assumere un atteggiamento nichilista anche da un punto vista pratico? Secondo alcuni, la conseguenza più coerente sarebbe questa⁴⁵³. La maggior parte dei teorici dell'errore non sembra invece prendere parte per questa posizione, dal momento che ritiene la normatività morale qualcosa di utile, se non di indispensabile⁴⁵⁴. A riguardo Mackie si è limitato a sostenere l'indipendenza delle posizioni metaetiche da quelle normative (una distinzione che riecheggia quella che Hare compie tra il livello critico e quello intuitivo da una parte, e il livello metaetico dall'altra⁴⁵⁵). Il discorso morale, benché

452Un certo cognitivismo o una posizione affine è stata la posizione concettuale implicita della maggioranza dei filosofi, salvo alcune eccezioni – come quella dell'emotivismo – e questo mostra la plausibilità di questa analisi del linguaggio morale. Secondo Richard Joyce, inoltre, un certo cognitivismo in ambito morale sarebbe addirittura connaturato con la nostra natura – quindi istintivo. Per sostenere questa tesi Joyce cita alcuni studi di psicologia di sviluppo (vedi *The evolution of morality*, op. cit., p. 129-30). In questi test condotti su bambini di 4-6 anni si mostrerebbe come sia scontato considerare i concetti di buono e giusto non solo come qualcosa di «reale» – di indipendente quindi dalle valutazioni soggettive dei singoli – ma anche come qualcosa che per esistere non richiede la presenza ontologica effettiva dell'uomo. Non solo: studi analoghi condotti su bambini Amish e Mennoniti mostrerebbero che questi concetti sono pensati come nozioni che esistono indipendentemente dall'autorità divina. La conclusione per Joyce è quindi che la nostra moralità ordinaria sia tarata naturalmente su una qualche forma di cognitivismo e realismo preteoretico.

453Il titolo dell'articolo di Garner in cui si sostiene questa tesi, *Abolishing morality*, op. cit., non lascia molto spazio all'immaginazione. Un altro fautore dell'abolizione della moralità è Ian Hinckfuss, col suo *The moral society: its structure and effects*, Australian National University, Canberra 1987. Anche autori che non accettano l'analisi metaetica della teoria dell'errore sembrano essere inclini a sostenere che l'esito più probabile di questa posizione sia il nichilismo morale, o quanto meno denunciano come sospetta l'adesione a un altro tipo di atteggiamento: vedi per esempio S. Blackburn, *Errors and the phenomenology of value*, in T. Honderich (a cura di) *Morality and objectivity. Essays in memory of John Mackie*, Routledge & Kegan Paul, London 1989, p. 4; vedi anche nella medesima raccolta B. Williams, *Ethics and the fabric of the world*, p. 204 e R. Hare, *Ontology in ethics*, p. 53.

454Ma non solo: effettivamente secondo Joyce e Ruse esso sarebbe anche in linea di massima *inevitabile*, dal momento che le sue radici affondano nella nostra storia evolutiva e sono quindi almeno parzialmente innate. Molto spesso i teorici dell'errore accompagnano la propria analisi metaetica ad argomenti volti a considerare i principi più generali dell'etica come a qualcosa di naturale, che si è plasmato nella nostra specie durante la nostra storia evolutiva, e per questo profondamente radicato in noi. La storia moderna di questo genere di argomentazioni risale ovviamente alle considerazioni sulla morale e il dovere contenute in C. Darwin, *The descent of man, and selection in relation to sex*, John Murray, London 1871, ma anche in C. Darwin, *The expression of the emotions in man and animals*, John Murray, London 1872.

455Vedi R.M. Hare, *Moral thinking*, op. cit.

falso su un piano generale, può comunque essere organizzato secondo criteri razionali da un punto di vista esclusivamente normativo⁴⁵⁶. Altri dopo di lui, tra cui il già citato Joyce, hanno preso di petto il problema e hanno fornito a vario titolo un resoconto *finzionalista* del linguaggio morale che è possibile applicare una volta riconosciuto l'«errore»⁴⁵⁷. Si tratta di una prospettiva sicuramente interessante ma che non è possibile seguire qui. Diamo comunque per buono che sia possibile affrontare le questioni normative secondo atteggiamenti diversi da quello del nichilista pratico una volta accettata la teoria dell'errore. Come proseguire da qui?

Mackie sosteneva che a partire da questi assunti la morale da *fiction* si può fare *invention*:

“La morale non è da scoprire, ma da inventare: dobbiamo decidere quali prospettive morali adottare, quali metri di giudizio fare nostri. È fuori di dubbio che le conclusioni che raggiungeremo rispecchieranno e riveleranno il nostro senso di giustizia, la nostra coscienza morale, vale a dire la nostra coscienza morale così com'è alla fine della discussione, non necessariamente com'era all'inizio. Tuttavia l'oggetto dell'operazione non è questo: il suo scopo è piuttosto decidere che cosa fare, che cosa approvare e che cosa condannare, quali principi di condotta accettare e promuovere come guida o controllo per le nostre scelte e, forse, anche per quelle degli altri.”⁴⁵⁸

Nella nuova costruzione ci sarà spazio per vaste regioni in cui adottare un atteggiamento sostanzialmente relativista, più o meno organizzato e sbilanciato verso le strutture omogenee presupposte invece dall'invenzione vera e propria. Ma non tutto l'ambito del morale può essere lasciato in queste condizioni. Riprendiamo un discorso lasciato in sospeso dal paragrafo [1.1.4]. Allora si erano definiti due domini della normatività morale: da una parte la morale in senso lato, il cui scopo è la ricerca della vita ideale o della vita buona, di quella condizione che aristotelicamente potremmo definire come *eudaimonia* – ricerca che partendo dal presupposto che non esistano standard assoluti e validi indipendentemente dalle credenze, desideri, fedi e volizioni dei soggetti, possiamo ora definire *individuale*. Dall'altra la morale in senso stretto. L'oggetto di quest'ultima si può far risalire al fatto che, come scrive Geoffrey Warnock, senza un qualche tipo di valutazione normativa vi è nelle faccende umane una “inclinazione naturale delle cose ad andare veramente

456Mackie prende in esame l'ipotesi eliminativista, per scartarla non senza qualche tribolazione, in *Hume's moral theory*, op. cit., pp. 154-6.

457R. Joyce, *Moral fictionalism*, in M.E. Kalderon (a cura di), *Fictionalism in metaphysics*, Clarendon, Oxford 2005; D. Nolan & G. Restall & C. West, *Moral fictionalism versus the rest*, “Australasian journal of philosophy” 83 (2005); un altro finzionalista in ambito morale è Mark Kalderon (*Moral fictionalism*, Clarendon, Oxford 2005), ma il suo quadro metaetico è non-cognitivistico e neutrale sul punto del realismo.

458J.L. Mackie, *Ethics*, p. 106.

storte⁴⁵⁹. La funzionalità degli enunciati appartenenti alla moralità in senso stretto è quella di cercare di ovviare a questo problema attraverso la posizione di un sistema normativo in grado di garantire la tutela degli interessi degli aderenti e la loro coordinazione al fine di massimizzare il risultato della cooperazione. Alcune condizioni oscillanti, ma comunque presenti – se non altro al momento – del mondo, quali la scarsità delle risorse, della tecnica, dell'intelligenza e del sapere, e di quello che potremmo definire il naturale e spontaneo sentimento di *sympathy* proprio dell'uomo, rendono necessario un dispositivo di qualche sorta in grado di rimediare ai difetti che ne conseguono. La morale è, da questo punto di vista, come Simone de Beauvoir sentì definirla una volta da Sartre, secondo quanto racconta ne *La forza delle cose*: “un insieme di trucchi idealistici che aiutano a vivere ciò che è imposto dalla scarsità di risorse e dalla mancanza di tecniche”⁴⁶⁰.

Da ciò l'esigenza della sua invenzione. Questo termine – invenzione – può lasciare molto perplessi. “Non c'è niente di sbagliato per agiati professori di Oxford e agiati esistenzialisti francesi nel ciarlare riguardo alle necessità di scegliere un modo di vivere e impegnarsi in esso”⁴⁶¹ scrive, per esempio, Putnam. La sua ironia riguardo alle possibilità di assumere un atteggiamento di invenzione nei confronti della morale è facile, ma anche, come spesso accade in questi casi, fuori luogo. Va da sé, infatti, che un dispositivo di questo genere non può nascere dalla sera alla mattina, o essere frutto esclusivo di una progettualità interamente cosciente, oppure essere disegnato da una sola persona⁴⁶². Si tratterebbe di uno sforzo sovraumano, impossibile. In larga parte esso deriva da meccanismi spontanei oppure convenzionali (si pensi a tal proposito all'esempio dei due rematori portato da Hume⁴⁶³) e da una certa naturalità dei nostri principi morale basilari⁴⁶⁴, ma allo stesso tempo nel suo «design» potranno esserci anche spazi per proposte e decisioni progettuali coscienti, siano esse collettive o individuali.

Inoltre, è necessario porre attenzione su un carattere di questo modo di concepire la morale: la possibilità di discriminare le varie proposte normative formulabili sulla base dell'efficacia e della loro capacità di essere implementate – carattere questo che è del tutto assente nella visione realista della morale⁴⁶⁵. L'idea di invenzione ci obbliga ad adottare un atteggiamento pratico e a prendere l'uomo per quello che è, e non come vorremmo essere, come spesso accade invece nelle richieste di

459G. Warnock, *The object of morality*, p. 23.

460S. de Beauvoir, *La forza delle cose*, Einaudi, Torino 1996, p. 196.

461H. Putnam, *Realism with a human face*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990, p. 150.

462Sulla problematizzazione critica di questo problema del soggetto inventore, vedi B. Williams, *Ethics and the fabrics of the world*, in T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*, op. cit., pp. 212-213.

463D. Hume, *A treatise on human nature*, in *The philosophical works*, op. cit., vol. I, III.2.ii.

464Vedi a proposito la precedente nota 63.

465A proposito Derek Parfit scrive che partendo da questo atteggiamento di invenzione “è plausibile sostenere che una teoria accettabile non sia esigente in maniera irrealistica. Ma non è plausibile partendo da parecchi altri punti di vista sulla morale. Possiamo sperare che la teoria migliore non sia esigente in maniera irrealistica. Ma, secondo questi punti di vista, ci può essere solo la speranza. Non possiamo assumere che ciò debba essere vero” (*Reasons and persons*, Oxford University Press, Oxford 1984, §12, p. 29). Tornerò sull'argomento nel paragrafo [6.1.3].

tanti oggettivisti – agiati o no – che ciarlano della necessità della morale di essere in un modo o nell'altro, cascasse anche il mondo.

4.2.5 *Morale in senso stretto e normatività prudenziale*

Un'obiezione sembra essere però in agguato. Guardando alle diverse classi di normatività che si sono proposte nel primo capitolo si potrebbe infatti rilanciare affermando che, operando in questa maniera, stiamo a poco a poco ma inesorabilmente invadendo il territorio della *normatività prudenziale*, confondendo quest'ultima con quella morale. Il dominio della moralità prudenziale sembrerebbe infatti essere molto simile, se non identico, a quello che si è riservato in questa descrizione alla moralità in senso stretto – considerato anche che per distinguere i due campi non possiamo appellarci a valori esterni e indipendenti dalle nostre soggettività.

Ma non è così, e ci sono almeno due argomenti per dimostrarlo. Il primo è che la normatività prudenziale non è in grado di risolvere i problemi che la morale in senso stretto è chiamata a normare. E il secondo è che le motivazioni che ci spingono ad seguire la normatività prudenziale non sono le stesse che stanno alla base dell'adesione a una morale in senso stretto. Partiamo dal primo problema, analizzandolo tramite un confronto di natura storico-filosofica tra due classici.

Una autore le cui tesi implicano con ogni evidenza⁴⁶⁶ la coincidenza tra normatività prudenziale e morale è Thomas Hobbes. Per il «Mostro di Malmesbury» la condizione naturale in cui si trova l'esistenza umana è la competizione, e non vi sono standard generali di comportamento cui fare riferimento – nel senso di regole assolute, esterne e prescrittive. In un famoso passo del primo dei *Three discourses*, quello dedicato alla *Human nature*, l'idea dell'esistenza come competizione emerge brillantemente grazie all'uso della metafora della corsa, adoperata per sintetizzare le precedenti definizioni delle passioni. In questa corsa,

“Sforzarsi, è l'*appetito*. Sforzarsi poco, è la *sensualità*. Guardar quelli che sono dietro, è *gloria*. Guardar quelli che sono davanti, è *umiltà*. Perdere terreno per guardarsi indietro, *vanagloria*. L'esser trattenuti, *odio*. Tornare indietro, *pentimento*. Rompere il fiato, *speranza*. Essere stanchi, *disperazione*. Sforzarsi di superare chi ci sta davanti, *emulazione*. Soppiantare o far cadere, *invidia*. Decidere di affrontare un ostacolo previsto, *coraggio*. Affrontare un ostacolo imprevisto, *ira*. Farcela con facilità, *magnanimità*.”

⁴⁶⁶Una interpretazione di Hobbes che punta nella direzione opposta è quella di H. Warrander, *The political philosophy of Hobbes*, op. cit., secondo cui il principio di auto-conservazione – il *self-interest* del soggetto hobbesiano – è solamente un diritto-libertà, e, dal momento che per Hobbes le obbligazioni sussistono laddove non vi sono diritti e viceversa, i doveri e la legge di natura non possono basarsi sul *self-interest*, ma sulla volontà divina: in questa maniera l'ambito dell'interesse individuale e quello delle obbligazioni normative è separato. Per una discussione di queste tesi e una loro critica che punta a dimostrare invece come l'obbligo e il *self-interest* in Hobbes coincidano, vedi R. Tuck, *Natural rights theories*, op. cit., pp. 120 e sg.

Perdere terreno per piccoli impedimenti, *pusillanimità*. Cadere all'improvviso, è disposizione al *pianto*. Vedere un altro cadere, è disposizione al *ridere*. Veder sorpassato qualcuno che non avremmo voluto, è *compassione*. Veder sorpassare qualcuno che non avremmo voluto, è *indignazione*. Seguir d'appresso un altro, è *amare*. Spingerlo perché ci resti appresso, è *carità*. Farsi male per la fretta, è *vergogna*. Essere superato continuamente, è *infelicità*. Superare continuamente quelli davanti, è *felicità*. E abbandonare la pista è *morire*.⁴⁶⁷

La vita è una gara, e parecchie delle categorie che potremmo pensare disinteressate oppure dotate di qualità morali non sono altro, in realtà, che modi per definire alcuni generi di eventi che possono accadere in questa corsa: il significato di questi termini sembra essere quindi esclusivamente retorico, se non addirittura epifenomenico. Queste categorie sono inoltre puramente soggettive: in particolare, nella descrizione di alcune di esse come la compassione, oppure l'indignazione, manca ogni riferimento a un qualche tipo di elemento che non si ricolleggi al mero e bruto desiderio personale – con tutto ciò che questo significa in una prospettiva interna alla riflessione hobbesiana, dove il desiderio è una cieca voragine⁴⁶⁸.

Non è un caso, quindi, che nel quadro della gara dipinto da Hobbes sia completamente assente la figura di un pubblico. L'unica dimensione presa in considerazione è quella della soggettività che agisce e fornisce un resoconto personale di queste azioni, e l'eventualità di una dimensione normativa in terza persona capace di fornire un punto di vista esterno ai desideri personali è rimossa: l'unico «esterno» possibile è quello del filosofo che osserva la scena in un'ottica descrittiva, studiandone i meccanismi. Normativamente parlando, il quadro tracciato da Hobbes implica che l'unico movente per l'agire sia quello del *self-interest*: ed è da qui che Hobbes prepara le sue mosse successive.

Più o meno un secolo dopo Adam Smith impiega nuovamente la metafora della corsa⁴⁶⁹ per connotare l'esistenza, ma dandone, in un passo altrettanto famoso, una descrizione alternativa:

“Nella gara per la ricchezza, gli onori, e le promozioni, ognuno può correre tanto forte quanto può, e tendere ogni nervo e ogni muscolo, al fine di superare tutti i suoi contendenti. Ma se dovesse farsi largo a colpi di gomito, o buttare a terra qualcuno, l'indulgenza dei suoi spettatori cesserebbe. Si tratterebbe di una violazione delle regole

467T. Hobbes, *Human nature, or the fundamental elements of policy*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op.cit., vol. IV, cap. IX, § 21, p. 53.

468Vedi ancora A. Ferrarin, *Artificio, desiderio, considerazione di sé*, op. cit., specialmente IV e V.

469Forse il riferimento a Hobbes è voluto, oppure entrambi riprendono autonomamente, un passo di Cicerone (*De officiis*, III.10).

del gioco, che non potrebbero accettare. Sotto ogni aspetto quest'uomo per loro vale quanto l'altro: non sono partecipi dell'amor di sé per cui egli preferisce molto di più se stesso all'altro, e non possono accettare il motivo per cui lo sta danneggiando. Prontamente, quindi, simpatizzano con il risentimento naturale della vittima, e il trasgressore diventa l'oggetto del loro odio e indignazione. E quest'ultimo è sensibile a tutto ciò, e comprende che questi sentimenti sono pronti a esplodere contro di lui da ogni lato.⁴⁷⁰

Anche per Smith la vita è una gara, ma accanto ai desideri e al *self-interest* del singolo che vi partecipa troviamo anche una dimensione diversa – che potremmo definire morale. Questa dimensione, rappresentata nella metafora dal pubblico, e quindi per questo plurale, in terza persona, e universalizzata, non è affatto riducibile al *self-interest*. Partendo da qui Smith può quindi affermare che il senso morale⁴⁷¹ e *self-interest* non coincidono, poiché il secondo è sempre limitato dal primo:

“Ogni uomo, fin tanto che non violi le leggi della giustizia, è lasciato perfettamente libero di perseguire i propri interessi a suo modo, e di mettere la propria industriosità e capitali in competizione con ogni altro uomo, o raggruppamento di uomini.”⁴⁷²

Fin tanto che non violi le leggi della giustizia: questa clausola permette a Smith di costruire un approccio normativo completamente diverso da quella di Hobbes. Le due teorie sono, grazie a questi loro assunti di partenza, paradigmatiche per quanto concerne il rapporto tra normatività prudenziale e morale. È utile perciò esaminare alcune delle loro divergenze al fine di comprendere le differenze tra sistemi in cui la normatività morale è assorbita da quella prudenziale, e sistemi in cui questo non accade.

L'assunto comune di partenza è, come si è visto, l'idea di gara: per Hobbes la benevolenza naturale tra gli uomini è un miraggio⁴⁷³, e per Smith non è un movente abbastanza forte da produrre un ordine fruttuoso⁴⁷⁴. Per tutti e due la situazione iniziale prevede la scarsità delle risorse per cui gli

470A. Smith, *The theory of moral sentiments*, in *Glawgow edition of the works and corrispondence*, op. cit., vol. I, cap. II, § 1, p. 126.

471E, nello specifico, quei sentimenti morali che presiedono a quella parte della moralità di cui ogni società non può fare a meno, ovvero la giustizia: vedi A. Smith, *The theory of moral sentiments*, in *Glawgow editions of the works and corrispondence*, op. cit., vol. I, cap. III, § 3.

472A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, in *Glasgow edition of works and corrispondence*, op. cit., vol. Iib, p. 109.

473Il rimando più efficace è in questo caso forse al *De cive*, tradotto da Hobbes col titolo inglese di *Philosophical rudiments concerning government and society*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. II, cap. I, § 2.

474A. Smith, *The theory of moral sentiments*, in *Glawgow edition of the works and corrispondence*, op. cit., vol. I, cap. III, § 18.

uomini gareggeranno. Entrambi, infine, considerano una gara priva di regole come una condizione infruttuosa, che deve essere trascesa da un qualche genere di ordinamento capace di mettere fine alla pericolosa anarchia di partenza: per Hobbes senza il superamento dello stato di natura la vita dell'uomo non può che essere solitaria, povera, esecrabile, violenta e corta⁴⁷⁵, mentre per Smith la giustizia è una caratteristica imprescindibile per il funzionamento della società⁴⁷⁶.

Questo genere di situazione può essere trascritto, adoperando il lessico della moderna teoria dei giochi, nei termini di una *situazione di conflitto parziale*: situazioni ovvero dove sarebbe nell'interesse generale dei singoli agenti cooperare al fine di massimizzare i propri risultati, ma esistono forti pressioni in senso opposto che possono paradossalmente condurre alla catastrofe. La condizione dell'uomo nello stato di natura hobbesiano, in particolare, è spesso associata⁴⁷⁷ a quella descritta dal modello del *dilemma del prigioniero*⁴⁷⁸. A dire il vero essa corrisponde piuttosto a quella situazione conosciuta come *tragedia dei beni comuni*, ma questa non è altro in fin dei conti che un dilemma del prigioniero a più giocatori, e si può benissimo adoperare il primo come semplificazione del secondo.

In effetti, come accade nel dilemma del prigioniero, gli uomini nello stato di natura hobbesiano sono posti in una situazione conflittuale il cui risultato generale migliore si otterrebbe adottando una qualche forma di coordinazione. Ma se il dilemma del prigioniero è un buon modello per lo stato di natura hobbesiano, allora la soluzione del «Mostro di Malmesbury» non funziona. Hobbes è infatti molto bravo a mostrare come, abbandonando la posizione originaria, si possa avere una situazione migliore⁴⁷⁹, ed è anche in grado di mostrarci i meccanismi attraverso cui, una volta stabilito un ordinamento, può diventare problematico per un individuo tentare di forzare la situazione. Ma non è in grado di spiegarci la motivazione per cui dovremmo abbandonare lo stato di natura: e questo perché cerca di *risolvere l'intero problema nell'ambito di una normatività prudenziale*. Non c'è

475T. Hobbes, *Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. XII, p. 113.

476A. Smith, *The theory of moral sentiments*, in *Glawgou edition of the works and correspondence*, op. cit., vol. I, cap. III, § 3.

477Vedi per esempio J.L. Mackie, *Hume's moral theory*, p. 10.

478Il *dilemma del prigioniero* è un gioco a somma non zero. Due giocatori sono posti di fronte a una scelta: cooperare o tradire. Se entrambi cooperano, otterranno la ricompensa (R); se entrambi tradiscono saranno puniti (P); se uno di loro coopera, mentre l'altro tradisce, il primo otterrà la consolazione (C) e il secondo il premio per il tradimento (T); è possibile attribuire qualsiasi valore numerico a queste ricompense fin tanto che l'ordine di valore sia fissato in $T > R > P > C$, e la proporzione tra la somma delle ricompense per la cooperazione e quella per il tradimento sia tale che $2R > T+C$. L'esito inevitabile cui conduce il gioco è paradossale: dal momento che l'interesse razionale dei giocatori è massimizzare il proprio guadagno, la scelta migliore cade sul tradimento. Visto l'ordinamento delle ricompense, infatti, tradire è vantaggioso sia se l'altro giocatore decida di cooperare, sia se il nostro avversario tradisca a sua volta. Ciò è valido anche per l'altro giocatore, e di conseguenza il punto d'equilibrio che si raggiunge è quello di un doppio tradimento: il che porta entrambi a riscuotere il valore P. Questo, oltre a non essere un buon risultato per il singolo giocatore (poiché inferiore a T e a R), non è neanche un buon risultato nel complesso, poiché il risultato Pareto-ottimale si ottiene tramite una doppia cooperazione (dato che $2R > T+C$).

479Hobbes afferma per questo che l'ideale di giustizia non è contrario alla ragione (vedi *Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. XV). Ma il tipo di razionalità che mette in campo in questo caso è diverso, a mio avviso, da quello che si può dare per gli uomini nello stato di natura.

infatti alcuna ragione per cui un individuo guidato dal proprio *self-interest* immediato dovrebbe abbandonare la soluzione al dilemma del prigioniero più conveniente per lui – quella del tradimento. Affermare, come hanno cercato di fare alcune teorie neo-hobbesiane⁴⁸⁰ e come forse sostiene implicitamente Hobbes stesso, che, accantonando il nostro *self-interest* immediato e adottando una qualche forma di ordinamento normativo, si raggiungano risultati migliori è, seguendo la stessa logica del *self-interest*, fallace per due ordini di motivi.

Il primo è che, come ha dimostrato Derek Parfit nella sua discussione del dilemma del prigioniero⁴⁸¹, se ci si dà come unico obiettivo il perseguimento dei nostri interessi (come sembrerebbe fare l'antropologia hobbesiana⁴⁸²) non è vero che un soggetto massimizzi questi partecipando a una forma di cooperazione in grado di ordinare la situazione di partenza verso la soluzione collettiva migliore. Nel dilemma del prigioniero, infatti, una duplice cooperazione è il risultato Pareto-ottimale e quindi il risultato migliore per *entrambi*, ma il risultato migliore per *ciascuno* – il punto di sella di Nash per questo gioco – rimane comunque quello del tradimento: e non c'è alcunché di irragionevole in questo nell'ottica di una razionalità esclusivamente individualistica e pre-morale.

Il secondo è che da un punto di vista psicologico per degli individui guidati soltanto dal proprio *self-interest* personale non si può postulare alcun movente in grado di innescare quel circuito virtuoso che porta alla cooperazione⁴⁸³. Tra i meccanismi psicologici nell'arsenale hobbesiano uno dei più potenti è la paura⁴⁸⁴, ma essa non può essere messa a capo della transizione da un mondo pre-normato a uno normato. Questo passaggio, infatti, prevede una dose di fiducia iniziale che la paura dovrebbe anzi smontare, poiché non ci sono garanzie che la rinuncia ai propri diritti naturali sia ricambiata dagli altri individui. Inoltre, le passioni, che secondo Hobbes rendono incline l'uomo ad accettare l'ordinamento, dovrebbero in realtà spingerlo – se prendiamo sul serio l'antropologia

480K. Baier, *The moral point of view*, Cornell University Press, Ithaca 1958; D. Gauthier, *Morals by agreement*, Clarendon Press, Oxford 1992.

481D. Parfit, *Reasons and persons*, op.cit., § 33, pp. 91-2.

482A proposito c'è chi ha sostenuto che esistono due antropologie e due definizioni dei diritti naturali in Hobbes: nei *Three discourses* Hobbes sostenerrebbe che gli uomini hanno nello stato di natura un diritto naturale *a tutto*, mentre questa posizione sarebbe problematizzata nel *De Cive* e nel *Leviathan*, dove il diritto naturale sarebbe soltanto all'autoconservazione (vedi per esempio R. Tuck, *Natural rights theories*, cap. VI). Anche ammesso che ciò sia esatto (in entrambi i casi la situazione iniziale è però descritta come uno spazio di anomia assoluta, e non sembra chiaro come vi possano essere dei limiti), la situazione ai fini del nostro discorso non cambia: siamo sempre di fronte a motivazioni basate su un *self-interest* che, data la descrizione hobbesiana dell'immaginazione e delle passioni, anche se limitate alla mera autoconservazione, non sembrano trovare limiti al proprio interno.

483Ciò è stato notato svariate volte. Guyau, tra i tanti, ha espresso questo pensiero adoperando la bella metafora della bolla di sapone (J.M. Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, Alcan, Paris 1913, p. 49): “ogni individuo non sarebbe allora che una bolla di sapone e non varrebbe più di essa. La sola differenza fra il *tuo* e il *mio* sarebbe che, nel primo caso, noi siamo fuori della bolla, nel secondo dentro; l'interesse personale non sarebbe che un punto di vista, il diritto ne sarebbe un altro (...). La mia bolla di sapone è la mia patria, perché dovrei romperla?”.

484Vedi T. Hobbes, *Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit., vol. III, cap. XIII, p. 116. Oltre la paura, Hobbes cita anche il desiderio di beni necessari e utili per una vita comoda, e la speranza di ottenere questi.

hobbesiana – a *fingere* di accettare l'ordinamento, per poi sfruttarlo dal suo interno: e siccome questo vale per tutti gli uomini, anche ammesso che si possa raggiungere un qualche ordinamento, questo non potrebbe fare altro che implodere di nuovo nello stato di natura in breve tempo.

Basarsi sull'esclusivo *self-interest* non permette quindi di raggiungere i benefici dell'ordinamento. Nella descrizione hobbesiana mancano le caratteristiche necessarie – razionali e psicologiche – per produrre l'innescò capace di condurre alla transizione tra la situazione iniziale di conflitto, e quella successiva di ordinamento. Lo stesso non si può dire per Smith⁴⁸⁵. Proprio in virtù del fatto che lo scozzese non riduce la normatività morale nell'ambito prudenziale, la sua descrizione di come possano svilupparsi forme di ordinamento funziona e non si pianta al punto di partenza come quella hobbesiana – ammesso ovviamente che si accetti il suo quadro sentimentalista di fondo. La dotazione di partenza degli uomini smithiani prevede che la loro razionalità non coincida coi limiti angusti della razionalità del *self-interest*, e che vi siano abbastanza elementi psicologici da spiegare come sia possibile quel grado di fiducia iniziale richiesto per innescare il circolo virtuoso della cooperazione. Questa forma di razionalità allargata contiene entro di sé la razionalità prudenziale del *self-interest*, ma non coincide con essa, ed è la sola che può permettere di risolvere problemi di conflitto parziale oppure di coordinazione⁴⁸⁶.

In tutto questo la buona notizia è che ci sono ottime ragioni per pensare che gli esseri umani siano realmente dotati di questo genere di razionalità allargata, e non possiedano una psicologia così semplicistica come quella datagli da Hobbes⁴⁸⁷. Conseguentemente – e la migliore prova di questo è

485E per Kant: il soggetto kantiano analogamente a quello smithiano è equipaggiato con una dotazione morale che lo forza logicamente a costruire un ordinamento che trascenda la situazione originaria, pena il commettere “ingiustizia in sommo grado” (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, § 42). La posizione di Kant però si distingue perché pone questo insieme di imperativi come intrinsecamente prescrittivi, adottando in questa maniera una strategia diversa da quella che stiamo portando avanti qui.

486Poiché la razionalità del *self-interest* non permette neanche di costruire una normatività convenzionale, quel genere di normatività, ovvero che si preoccupa di regolare i problemi di coordinamento. In questo genere di problemi la scelta tra due o più opzioni è neutrale per i soggetti, a patto però che questa scelta *avvenga* (vedi il paragrafo [1.1.3]). Da un punto di vista basato del puro *self-interest*, invece, la scelta sarebbe conveniente, a patto però che la faccia qualcun altro – poiché mettersi d'accordo implica un costo che per quanto risibile è comunque un costo per il soggetto che vuole parteciparvi. Così facendo, se ognuno desse retta al proprio *self-interest* individualista, nessuno si prenderebbe mai la briga di organizzare una soluzione e i problemi di coordinazione, per quanto neutrale sia la loro strategia di risoluzione, rimarrebbero insoluti.

487Se guardiamo agli sviluppi che si sono prodotti negli ultimi cinquant'anni nella ricerca evolutiva sull'altruismo non si può che considerare anche sul piano biologico negata la descrizione dello stato di natura come di uno stato di guerra tra individui solitari, anaffettivi e antagonistici. Lo studio del fenomeno dell'*altruismo parentale* cominciata con le ricerche di William Hamilton negli anni sessanta di (vedi a proposito J.M Smith, *Evolution and the theory of games*, Cambridge University Press, Cambridge 1982) ha prodotto modelli matematici che rendono giustizia alle tante riserve che sono state avanzate – specialmente in campo femminista – alle caratteristiche implicite possedute dall'uomo nello stato di natura hobbesiano: maschio, nato già adulto, svincolato da ogni legame familiare o di parentela e pertanto privi di limiti per quanto riguarda la sua volontà di sopraffazione. La ricerca nell'ambito dell'*altruismo reciproco* (cominciata da Trivers nel 1971 con *The evolution of reciprocal altruism*, “The Quarterly Review of Biology” 46 (1971) e portata avanti da Robert Axelrod e nuovamente da William Hamilton con *The evolution of cooperation*, “Science” 211 (1981) e il successivo e fondamentale *The evolution of cooperation*, Basic Book, New York 1984 del solo Axelrod) ha fornito utili spiegazioni per l'insorgere spontaneo di meccanismi di cooperazione, innati o appresi, inconsci o coscienti, biologici o culturali, nelle situazioni più disparate. Elliott Sober

che siamo qui, e che siamo vivi – anche senza la presenza di fatti prescrittivi indipendenti, possiamo immaginare che l'uomo sia equipaggiato con una dotazione di partenza che avvicini la sua situazione di partenza più al modello smithiano che a quello hobbesiano.

Tutto ciò dimostra che non è possibile ridurre la normatività morale nell'ambito prudenziale, poiché quest'ultimo, da solo, non è in grado di garantire la convivenza tra gli uomini. Ci sono problematiche della condizione umana – non solo quelle di più ampio respiro legate alla moralità in senso lato, ma anche quelle specifiche legate alla moralità in senso stretto – che la normatività prudenziale non è in grado di risolvere: i problemi di conflitto parziale, e l'organizzazione di soluzioni per i problemi di coordinazione.

4.2.6 *Morale in senso stretto e motivazione*

Questo significa anche che gli enunciati della normatività morale – ricordiamoci che stiamo parlando di morale in senso stretto – non saranno nella maggioranza dei casi motivabili tramite il richiamo al proprio *self-interest* individuale: ed è questo il secondo problema che si era posto in precedenza.

Che le richieste della normatività morale debbano essere tanto importanti per noi da fornirci una motivazione per agire in loro conformità in ogni occasione e situazione è un problema che è stato impostato nella maniera più chiara e netta da Platone⁴⁸⁸ – tanto per cambiare. Di fronte alle richieste pressanti di Glaucone, Platone disponeva di un'arma che manca all'arsenale degli anti-realisti: quella di dichiarare l'idea del bene come intrinsecamente desiderabile e quindi motivante. Questa soluzione teorica non è disponibile nelle nostre condizioni perché equivale di fatto a sostenere che i valori sono intrinsecamente prescrittivi, una delle caratteristiche che si sono definite in precedenza come eccentriche. Se non si possono quindi definire le richieste della normatività morale come autonomamente motivanti, che ragioni offrire allora in loro favore?

I filosofi che hanno cercato di mostrare la coincidenza tra il giusto e l'utile sono innumerevoli. Harold Prichard, in un articolo famoso in ambito anglosassone⁴⁸⁹, aveva bollato tutti questi tentativi come futili, oltretutto erronei dal punto di vista della giustificazione di una teoria morale. Ma anche lui partiva da un punto di partenza realista – quello dell'intuizionismo britannico di inizio novecento – e pertanto poteva tranquillamente disinteressarsi del problema. Sidgwick, prima di lui, si era affidato invece all'idea di un dio benevolo per risolvere la questione, risultando però evidentemente

e David Sloan Wilson (*Unto others: the evolution and psychology of unselfish behavior*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999), infine, hanno mostrato attraverso modelli statistici molto raffinati come sia possibile concepire naturalisticamente l'insorgere di forme di *altruismo non autoreferenziale*. Su questi argomenti è molto utile L. Calabi, *Darwinismo morale. Aspetti della riflessione contemporanea*, ETS, Pisa 2002.

488 *Resp.* II.

489 H. Prichard, *Does moral philosophy rest on a mistake?*, "Mind" 21 (1912).

insoddisfatto da questa risposta⁴⁹⁰.

Dal canto nostro è evidente che avendo separato i domini della normatività prudenziale da quelli della normatività morale non si può sostenere che l'interesse personale sia una valida motivazione per seguire le richieste della morale. Questo non significa affatto che la moralità in senso stretto sia qualcosa di irrazionale, ma solo che essa non coincide – almeno non sempre – col nostro *self-interest*. Secondo quest'ultima forma di razionalità non c'è niente di sbagliato nell'essere, all'interno di un circuito normativo ordinato da un qualche tipo di moralità in senso stretto, dei *free-rider*: degli agenti ovvero che godono dei vantaggi che il sistema può offrire senza dare alcunché in cambio. O peggio: degli agenti che mantengono una facciata di moralità, spingono gli altri a essere morali, e nel frattempo cercano di massimizzare di nascosto il loro *self-interest*. Anzi. La pura normatività prudenziale spingerebbe a essere dei *free-rider* di questo tipo, se non intervenissero meccanismi di controllo o di sanzione. Come si è visto discutendo dell'incapacità a partire della normatività prudenziale di costruire un ordinamento analogo a quello provvisto dalla moralità in senso stretto il *self-interest* individualistico ci consiglia di non sbilanciarci verso la cooperazione. Quando questa poi si è avviata, potrebbe essere utile parteciparvi, ma in fin dei conti rimane sempre di più nei nostri interessi comportarci da *free-rider*. È vero infatti che un ordinamento come quello provvisto dalla morale in senso stretto a lungo termine farà sicuramente i nostri interessi – ma una defezione qua e là potrebbe farli ancora di più. Questo ragionamento, universalizzato, non può che riportare nuovamente alla situazione pre-morale di conflitto generalizzato.

Le motivazioni che stanno alla base dell'adesione a un qualche tipo di moralità in senso stretto devono essere altre. Come si è visto la nostra razionalità non è così cieca e a breve termine come quella del *self-interest* e contiene elementi adesivi che ci permettono di avviare forme di cooperazione (non possiamo immaginarci esclusivamente come gli individui nella situazione originaria hobbesiana: maschi, adulti, anaffettivi e privi di legami familiari e relazionali). Però non siamo in grado comunque confondere questo genere di «razionalità» con forme più forti – la Razionalità di stampo kantiana per esempio – poiché non è possibile considerare i nostri doveri come intrinsecamente motivanti. Possiamo però essere sicuri, per i motivi espressi in precedenza⁴⁹¹ – e dal momento che il compito della moralità in senso stretto è di evitare i risultati nefasti del *self-interest* lasciato a se stesso – che questa dotazione che ci permette di costruire forme di normatività morale sia in qualche modo presente in noi. Magari non tanto quanto vorremmo, come ci mostra un romanzo come *The lord of the flies* di William Golding, o più tragicamente la storia.

Oltre a questo appello a una certa naturalità dei nostri sentimento morali, e allora loro razionalità

490 H. Sidgwick, *The methods of ethics*, op. cit., p. 473.

491 Vedi in particolare la nota 96.

– per quanto debole questa possa essere, stretta com'è tra la cieca razionalità del *self-interest* e la nobile ma improbabile Razionalità della morale kantiana – ci può essere soltanto spazio per osservare che in fatto di moralità si gioca un ambito molto importante della nostra identità: di che tipo di persone, ovvero, vogliamo essere. Il carattere, e quindi la disposizione a un certo tipo di scelte – scelte morali incluse – dipende anche, come Aristotele ci insegna, dalla storia delle nostre precedenti scelte. Il tipo di persona *che siamo*, dipende dal tipo di persona *che decidiamo di essere*. Ancora meglio: dal tipo di persona che decidiamo di essere *nel tempo*, dal momento che non è possibile cambiare a piacimento e sul momento le nostre disposizioni. Una disposizione alla giustizia – e quindi un'adesione relativamente stabile a un qualche ordinamento di morale in senso stretto, sebbene non sempre massimizzi l'utile secondo quelli che sono i nostri interessi, può essere, al contrario del suo opposto, una parte importante di una soddisfacente morale in senso lato – di una ricerca personale di che cosa vogliamo essere – se consideriamo la questione dal punto di vista della libertà e delle varie virtù particolari. Numerose descrizioni di ideali di moralità in senso lato – l'uomo virtuoso aristotelico, il saggio spinoziano, il *prudent man* di Smith – sono sicuramente legate alla coltivazione di questa disposizione⁴⁹². Ma oltre a questo, non si può andare, ed è futile sperare in qualcosa di più.

⁴⁹² Ed ed è in questo modo che possiamo trovare un primo collegamento forte tra la moralità in senso stretto e quella in senso lato. Sull'argomento tornerò nel capitolo [6].

5. *Il conflitto tra diritti: ordinamento, violazione e infrazione*

Nella seconda parte del capitolo precedente la discussione è proceduta con una certa disinvoltura, ma adesso è giunto il momento di chiudere questa lunga digressione, e tornare a forme di ragionamento più circoscritte e specifiche.

Riprendiamo la questione dei dilemmi dove l'avevamo lasciata al termine del paragrafo [4.1.4]. Chiedersi se sono possibili conflitti tra diritti che causano dilemmi morali senza considerare prima quale tipo di teoria morale vogliamo adottare non porta da alcuna parte, perché significa pensare che sia possibile risolvere la questione da un punto di vista archimedeo che invece non esiste. I dilemmi morali – compresi quelli che scaturiscono dal conflitto tra diritti – sono sicuramente possibili in linea teorica, ma la loro effettiva presenza in un sistema normativo morale dipende dalla natura e dall'organizzazione di quest'ultimo. In particolare, se prendiamo per buona l'ipotesi che sia possibile «inventare» i nostri sistemi normativi – piuttosto che pensare che siano scoperti o rivelati – allora la domanda giusta da formulare diventa, *sono auspicabili conflitti tra diritti che diano luce a dilemmi morali?*

E la risposta è no. La morale in senso lato può essere concepita in modo che in essa siano lasciati spazi – anche importanti per la vita del soggetto – non necessariamente ordinati, spazi che quindi possono confliggere tra loro ed entro se stessi. Ma i diritti non sembrano essere oggetti normativi utili in questo ambito della morale. Essi sono piuttosto uno tra i più potenti strumenti normativi che si possono impiegare nel «design» di una morale in senso stretto. E vi sono buone ragioni per cercare di progettare questa in maniera ordinata.

Il contenuto della morale in senso lato è sicuramente fondamentale per il soggetto, ma non inerisce alle questioni vitali della convivenza tra soggetti propri della morale in senso stretto. I compiti di quest'ultima sono delicati e importanti, poiché coinvolgono una pluralità di soggetti al fine di restringere il campo di azione di ognuno di essi per impedire il conflitto, promuovere la cooperazione e risolvere le situazioni di stallo causate da problemi di conflitto parziale e di coordinazione. Per questo motivo, la morale in senso stretto deve essere efficiente nel presiedere a queste problematiche, altrimenti non avrebbe il senso pagarne il prezzo. Questa efficienza implica che le sue prescrizioni devono essere tali da fornire una valida guida per l'azione: e ciò si traduce in una forte ragione *normativa* in favore dell'ordinamento di un tale sistema. I sistemi non ordinati, infatti, pongono gli agenti di fronte a problemi irrisolvibili, oppure li pongono di fronte ad azioni giuste ma impossibili. Per questi motivi sono sempre meno efficienti rispetto ai sistemi ordinati.

È pertanto auspicabile che una morale in senso stretto componga un insieme ordinato di

rivendicazioni. Dal momento che, da un punto di vista anti-realista, non esistono ragioni superiori – almeno teoricamente – perché ciò non avvenga, se ne conclude che un corretto modo di affrontare le problematiche della morale in senso stretto sarà uno che tiene in conto l'ordinabilità tra le sue caratteristiche costitutive. Dal momento che i diritti sono oggetti normativi che si trovano esclusivamente in questa regione della morale, il loro conflitto dovrebbe essere quindi gestito in modo tale che non si producano dei dilemmi.

A questo punto si pongono però le due questioni accennate nel paragrafo [4.1]. Quali procedure sono richieste per raggiungere l'ordinamento di un insieme di diritti? Questo genere di procedure implica un qualche obbligo di risarcimento, compensazione o apologia? Questo capitolo affronterà queste domande che, come si vedrà, ci porteranno fuori della discussione sui diritti specifici – perché è sempre di questa categoria di diritti che stiamo parlando – per introdurre, nell'ultima serie di paragrafi [5.3] la nozione di diritti astratti.

5.1 Strategie di ordinamento

Il primo problema del capitolo riguarda le strategie di ordinamento. Generalmente queste sono ricondotte a due grandi famiglie di teorie. Da una parte quella che si è soliti etichettare con il termine di *specificazionismo*. Dall'altra la teoria dei diritti *prima facie*. Entrambe saranno esaminate nei prossimi paragrafi.

Prima di occuparci nel dettaglio di queste due strategie di ordinamento è bene porsi un problema preliminare. Si sente spesso parlare di diritti assoluti – o inderogabili, non negoziabili, inalienabili, ecc. (d'ora in poi adopererò la semplice etichetta «diritti assoluti» per riferirmi a tutti questi generi di diritti). Una parte importante del linguaggio dei diritti sembra essere declinato in questa direzione. Ma diritti di questo genere non sembrano essere – proprio perché assoluti – ordinabili. Che cosa vuol dire quindi che i diritti possono essere assoluti? La questione ci riporta necessariamente di fronte al problema dei dilemmi morali? Si tratta soltanto di un espediente retorico, uno dei tanti tipici del linguaggio dei diritti? Oppure è possibile dare di questa assolutezza una definizione coerente con quanto detto finora?

5.1.1 Diritti assoluti

La presenza di un diritto, e quindi della sua capacità di giustificare una data azione, è funzionale a una qualche importanza pertinente a un soggetto riconosciuta dal sistema normativo entro il quale si muove⁴⁹³. Alcuni autori hanno sostenuto che questa importanza è tale da rendere i diritti «assoluti». Che cosa si vuol dire con questa espressione? In alcuni casi sembrerebbe significare che non è possibile violare (2) un diritto senza incorrere in una *colpa morale*. Charles Fried scrive a proposito che “la violazione di un diritto è sempre sbagliata”⁴⁹⁴, e le famose definizioni dei diritti di Dworkin (i diritti come «*trumps*», ovvero «briscole»⁴⁹⁵) e di Nozick (i diritti come «*side constraints*», ovvero «vincoli collaterali»⁴⁹⁶) sembrano puntare in questa direzione. Perché scrivo «*sembrano*»? Perché in tutti questi casi si è in realtà di fronte a un eccesso retorico, piuttosto che a una posizione, magari definita in termini perentori, le cui conseguenze sono portate fino in fondo.

Ci sono svariati argomenti a favore di questa lettura. Anzitutto, sembra chiaro che nei casi precedenti non si stia parlando di diritti in un senso astratto e universale, ma di diritti che sono in qualche modo specificati: anche per queste teorie, infatti, uccidere per autodifesa non significa violare i diritti dell'aggressore commettendo un assassinio. Secondariamente, nonostante i proclami, per questi autori il peso posseduto da un diritto non sembra mai essere *veramente* assoluto. Fried

493Vedi la precedente serie di paragrafi [3.4].

494C. Fried, *Right and wrong*, op. cit., p. 108.

495Vedi R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit.

496La famosa apertura di *Anarchy, state and utopia* recita così: “gli individui hanno dei diritti, e ci sono delle cose che nessuna persona o gruppo può far loro senza violarne i diritti” (op.cit., p.ix).

sostiene che “possiamo immaginare casi estremi dove uccidere una persona innocente può salvare un'intera nazione. In questi casi sembra un gesto fanatico sostenere un giudizio assoluto, anche se i cieli dovessero infine crollare”⁴⁹⁷. Nozick ammette che i vincoli collaterali prodotti da un diritto possono essere scavalcati se si è messi di fronte alla possibilità di una catastrofe morale⁴⁹⁸. Dworkin, infine, scrive più volte che la sua idea di diritti come «briscole» non implica che questi siano sempre inviolabili⁴⁹⁹.

In tutti i casi precedenti, quindi, l'idea che i diritti siano «assoluti» è avanzata per motivi retorici – per insistere sull'importanza e sul carattere speciale posseduto dai diritti all'interno di un sistema normativo. Ma non solo. Il linguaggio dell'assolutezza adoperato in questi casi sembra discendere direttamente da una serie di intuizioni plausibili – ma non per questo inderogabili – che solitamente accompagnano la nozione di diritti, e di cui mi occuperò nei prossimi paragrafi. Queste due intuizioni sono l'idea che i diritti abbiano un peso specifico speciale rispetto ad altri oggetti normativi, e quella per cui un diritto «rimane» anche se esso è in qualche modo calpestato, oppure semplicemente non rispettato. Lasciamo perdere l'aspetto retorico della faccenda, e concentriamoci unicamente su queste due ultime intuizioni. A partire da esse è possibile costruire due definizioni diverse di che cosa sia un diritto assoluto.

La prima definizione potrebbe essere così espressa:

- *Assoluto (1)*. Un diritto è assoluto quando non può mai, anche a dispetto delle conseguenze, essere violato in alcun modo senza che si cada in una colpa morale di qualche tipo⁵⁰⁰.

La seconda suonerebbe invece così:

- *Assoluto (2)*. Un diritto è assoluto quando il suo valore normativo continua a esistere anche in quei casi, legati alle circostanze, in cui è possibile e legittimo infrangerlo⁵⁰¹.

497C. Fried, *Right and wrong*, op. cit., p. 9.

498Anarchy, *state and utopia*, op. cit., pp. 29-30 (nota).

499Vedi per esempio *Taking rights seriously*, op. cit., pp. 191-2.

500Desumo questa definizione da A. Gewirth, *Are there any absolute rights?*, op. cit., p. 2, per cui “un diritto è *assoluto* quando non può essere accantonato in nessuna circostanza, in modo tale che non sia giustificabile la sua infrazione, e debba essere rispettato senza eccezioni”. Gewirth si riferisce esplicitamente ai diritti-pretesa, poiché definisce l'infrazione di un diritto come “quando l'obbligo correlato non è rispettato” (p. 2). La sua definizione può comunque essere estesa alla nostra precedente definizione di diritti (vedi i paragrafi [3.4]) adoperando il senso di violazione (2) e ricordandoci che i diritti danno luce a due tipi diversi di giustificazione: giustificazione in senso forte per quanto riguarda pretese e immunità, e giustificazioni deboli invece per le libertà nude.

501Desumo questa seconda definizione da H. Morris, *Persons and punishment*, “The Monist” 52 (1968), p. 499, il quale afferma che “quando sostengo che il diritto a essere trattato come una persona è assoluto, ciò che sostengo è che, se uno è una persona, allora deve essere sempre trattato come tale, e, sebbene ci possano essere delle occasioni che moralmente richiedano che un simile diritto non sia accordato a questa persona, ciò non inficia il fatto che questo diritto esiste e che sarebbe violato se non gli fosse accordato”. Per una discussione assai puntuale sulle tesi di

La prima definizione è piuttosto chiara, e afferma che il peso specifico degli elementi deontici che fanno capo a un diritto è così elevato da essere impossibile una violazione che non connoti un qualche tipo di colpa morale vera e propria. La seconda definizione contiene invece delle variabili – in particolar modo quella del valore normativo residuo – che sono compatibili con specificazioni assai diverse tra loro. Essa stabilisce che esistono casi in cui è possibile comportarsi in maniera contraria al contenuto di un diritto, ma che questo non significa affatto che il diritto in questione cessi di esistere.

Lasciamo da parte per ora il problema di che cosa possa significare questa permanenza del diritto secondo la seconda versione di «assoluto», e notiamo come, oltre le differenze precedentemente elencate, le due definizioni possiedono invece anche delle similarità. La prima è che in entrambi i casi si sostiene implicitamente che un diritto esiste a dispetto delle situazioni e delle condizioni in cui è inserito un soggetto. I diritti formano uno *spazio morale* attorno al soggetto che li detiene⁵⁰², spazio che non cangia anche a dispetto delle condizioni esterne. Le due definizioni differiscono soltanto nella descrizione che danno rispetto alle possibilità di violare questo spazio, e alle conseguenze che ne derivano.

La seconda similarità tra le due definizioni è che in entrambe non si fa alcuna menzione delle *condizioni di applicazione* del diritto che si dichiara essere assoluto. In questa maniera, specificando questo punto è possibile ottenere da ognuna delle due definizioni altrettante varianti. Se, infatti, consideriamo *universali* le condizioni di applicazione (il diritto si applica *sempre*), allora avremmo un diritto assoluto (1) o (2) *simpliciter*⁵⁰³. Se, invece, le condizioni di applicazione non sono universali, avremmo un diritto assoluto (1) o (2) *contingentato*. In questo modo è possibile conciliare l'intuizione che i diritti possiedono un carico normativo importante anche senza farne degli oggetti normativi inderogabilmente inviolabili.

Partendo da qui è possibile ricavare qualche considerazione preliminare riguardo al rapporto tra diritti assoluti e sistemi normativi. Anzitutto, va da sé che un sistema normativo che ammetta più di

Morris e di Gewirth vedi P. Montague, *Regarding absolute rights*, "Philosophical Studies" 46 (1984).

502 Come scrive Nozick: "una linea (o un iperpiano) circonda un'area nello spazio morale attorno a un individuo" (*Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, New York 1974, p. 57). Il concetto di spazio morale e la sua utilità per una teoria dei diritti sono criticate da John Oberdiek nel suo *Lost in moral space: on the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights*, "Law and Philosophy" 23 (2004). Difenderò questa idea di spazio morale nel prossimo capitolo, in particolar modo nel paragrafo [6.3.2].

503 Un diritto assoluto *simpliciter* può essere definito anche come un diritto privo di eccezioni. La differenza tra un diritto assoluto (1) *simpliciter* e uno assoluto (2) *simpliciter* è l'oggetto di questa mancanza di eccezioni. Un diritto assoluto (1) *simpliciter* non ha eccezioni nei termini della propria violazione. La definizione di diritto assoluto data da Terrance McConnell cade in questo caso: "un diritto assoluto è privo di eccezioni. Se un diritto è assoluto non ci sono circostanze in cui qualcuno sia giustificato a violare quel diritto" (*The nature and basis of inalienable rights*, "Law and Philosophy" 3 (1984), p. 29). Un diritto assoluto (2) *simpliciter* invece è privo di eccezioni per quanto riguarda il suo carico morale: la sua scorza protettiva può essere talvolta penetrata legittimamente, ma niente può evitare che in questi casi permanga comunque un residuo morale insoluto.

un diritto assoluto (1) *simpliciter* sarà, con ogni probabilità, un sistema non ordinato⁵⁰⁴. Sistemi dove siano presenti diritti assoluti (1) contingentati, o diritti assoluti (2) *simpliciter* o contingentati, potranno essere invece ordinati oppure no, così come quei sistemi misti che contengono più di un tipo di diritti assoluti (fin tanto che non vi sia una pluralità di diritti assoluti (1) *simpliciter*). Tutto risiede nella possibilità di regolare questo tipo di diritti secondo una forma di *ordinamento lessicale*. La seconda osservazione da fare è che ognuna delle quattro definizioni che è possibile dare di diritto assoluto è compatibile con le nozioni di compensazione e colpa morale, anche se, come vedremo, per motivazioni e con forme sostanzialmente diverse. Ma prima di affrontare questo punto mi occuperò della questione dell'ordinamento.

5.1.2 Strategie di ordinamento: lo specificazionismo

Una prima strategia per raggiungere l'ordinamento di un sistema di diritti è quella dello *specificazionismo*. Una delle caratteristiche fondamentali dei diritti che si sono elencate nella serie di paragrafi [3.4] è quella di fornire una giustificazione normativa di qualche genere. Ogni diritto è una giustificazione, ma chiaramente questo va preso in un senso lato. Se i diritti fossero giustificazioni valide a prescindere da ogni contesto allora sarebbero possibili situazioni in cui due rivendicazioni di diritti danno luce a dilemmi morali. Per evitare, come è auspicabile, questo genere di situazioni, è necessario quindi considerare i diritti come giustificazioni contestualizzate. Lo specificazionismo è un modo particolare per interpretare quest'ultimo fatto.

Secondo il modo di vedere specificazionista un diritto è un oggetto normativo complesso che contiene oltre all'insieme di elementi hohfeldiani che ne caratterizza il contenuto anche una serie di regole secondarie che permettono di esplicitare tutti gli ambiti e le situazioni in cui si possono ritenere valide le norme espresse dagli elementi in questione⁵⁰⁵. Secondo il modo di vedere specificazionista non solo non esistono conflitti tra diritti che danno luce a dilemmi morali, ma, rigorosamente parlando, è anche inopportuno parlare di conflitti *tout court*. Le regole tramite cui sono esplicitate le condizioni di applicazione di un diritto sono tali per cui, quando due diritti sembrano confliggere, è solo perché abbiamo commesso qualche sbaglio nell'applicazione di uno dei due. I diritti, secondo questo modo di vedere, sono infatti sempre *assoluti*, ma non *simpliciter*, bensì *contingentati*. In particolar modo, essi sono *assoluti (1) contingentati*. La sintassi normativa

504Sono possibili sistemi di diritti assoluti (1) *simpliciter* ordinati? Sicuramente. Basta delimitare in maniera ferrea la portata delle conseguenze producibili dal contenuto di un diritto. Sebbene possibili, sistemi di questo genere non sono affatto interessanti, perché non sembrano avere delle grandi applicazioni pratiche. Sistemi di diritti che invece possono dare luogo a pretese morali con un riscontro pratico effettivo sarebbero sempre conflittuali, nel caso contenessero più d'un diritto assoluto (1) *simpliciter*.

505Per esempi di teorie specificazioniste vedi H. Steiner, *An essays on rights*, op. cit., C.H. Wellman, *On conflicts between rights*, "Law and Philosophy" 14 (1995) e R. Shafer-Landau, *Specifying absolute rights*, "Arizona Law Review" 209 (1995).

da essi implicata è assoluta all'interno di un'area delimitata da precise regole di applicazione che non sono universali. Un conflitto tra diritti è quindi impossibile, poiché conoscendo la corretta specificazione di ogni diritto, è possibile ammirare un panorama normativo in cui non esiste alcuna sovrapposizione di applicazione tra le varie norme: tra due diritti che apparentemente confliggono, di soltanto uno, in realtà, possiamo predicare la presenza, e lo spazio morale attorno a ogni soggetto non sconfinava mai entro gli altri spazi morali.

La prospettiva specificazionista possiede almeno quattro problemi⁵⁰⁶. Anzitutto, questa teoria non spiega effettivamente come si debbano ordinare i diritti, limitandosi a sostenere che devono esistere delle regole di specificazioni affinché l'insieme di norme presenti nel nostro sistema normativo sia completo e consistente, e quindi ordinato. Secondariamente, questa pretesa di completezza del sistema è chiaramente posta di fronte a due limiti specifici: da una parte, è incredibile pensare che sia possibile costruire *a priori* un sistema in cui non vi siano falle nelle regole di specificazione, poiché è impensabile che qualcuno sia in grado di prevedere tutte le situazioni conflittuali possibili in anticipo; dall'altra, si può facilmente immaginare che il numero di regole di specificazione necessario per rendere un sistema completo sarà così elevato da rendere difficile, se non impossibile, per gli agenti padroneggiare questo sistema in maniera efficiente.

Queste prime critiche non mi sembrano affossare quanto di buono c'è in questo approccio. Da una parte lo specificazionismo è una descrizione di come sia possibile ordinare un insieme di diritti, e non deve pertanto offrire ricette su quale rivendicazione sia gerarchicamente più importante, e quale non lo sia. Dall'altra, questo approccio mostra un modo teoricamente valido per ordinare i diritti, e ogni sistema di ordinamento si dovrà chiaramente scontrare, sul lato dell'efficienza, con la limitatezza insita nel fatto che gli agenti sono umani: ma questo vale in generale per ogni aspetto di una teoria morale, e non qui soltanto.

I limiti intrinseci di questo approccio sono da rinvenire altrove. In particolare, lo specificazionismo sembra essere troppo sbrigativo nei confronti della nostra esperienza morale, specialmente riguardo a quella che è la psicologia della deliberazione: ponendo esclusivamente l'accento sulle questioni procedurali dell'ordinamento circoscrive in un ambito molto ristretto la relazione tra gli agenti e la prioritizzazione dei loro diritti. Inoltre, lo specificazionismo, come si è visto, connota i diritti assoluti soltanto alla luce della definizione di assoluto (1). In questo modo semplifica non solo il lato psicologico connesso col conflitto, ma anche quello propriamente

⁵⁰⁶Queste riserve sono state avanzate, a vario titolo, da J. Nickel, *Are human rights utopian?*, "Philosophy and Public Affairs" 11 (1982), J. Feinberg, *Rights, justice and the bound of liberty*, op. cit., pp. 221-51, D. Shapiro, *Conflicts and rights*, "Philosophical Studies" 55 (1989), J.J. Thomson, *The realm of rights*, op. cit., pp. 82-104. Thomson in origine aveva proposto anche lei un approccio di genere specificazionista (in *A defense of abortion*, in J.J. Thomson, *Rights, restitution, and risk*, op. cit., per poi problematizzare le sue precedenti vedute (a partire da *Self-defense and rights*, in J.J. Thomson, *Rights, restitution, and risk*, op. cit.).

normativo, poiché appiattisce ogni discorso sull'importanza dei diritti a quello dell'importanza delle ragioni che ne condizionano le regole di applicazione: e, in questo modo, pone una dicotomia semplicistica riguardo a ciò che è giusto fare o non fare in cui i diritti in sé non possiedono un peso esplicativo effettivo.

5.1.3 Strategie di ordinamento: l'approccio *prima facie*

L'approccio *prima facie* è una seconda strategia impiegata per ordinare un insieme di diritti⁵⁰⁷. La sua idea centrale è quella di abbandonare la nozione di diritti assoluti (1), sia *simpliciter* che *contingentati*. Secondo questo approccio, infatti, l'ordinamento dei diritti non si ottiene specificando *a priori* tutte le regole di applicazione: l'ordinamento dei diritti è qualcosa che si compie a posteriori, attraverso una procedura di bilanciamento che si attua a mano a mano che le diverse rivendicazioni normative contenute dai vari diritti vanno a incontrarsi – e a scontrarsi. Ogni diritto è pertanto da considerarsi tale soltanto *prima facie* – ovvero di primo acchito, fino a evidenza contraria – e il bilanciamento è qualcosa che può essere ottenuto grazie al *peso* che ogni diritto possiede, e che gli permette di essere comparato con gli altri oggetti normativi. Queste idee di bilanciamento e di peso permettono di affrontare la questione del conflitto da un altro taglio rispetto a quello proposto dallo specificazionismo. Per l'approccio *prima facie* di fatto non si danno (necessariamente) dei dilemmi morali che scaturiscono dall'interazione tra diritti, ma le situazioni di conflitto sono reali: esse si presentano per poi essere successivamente sciolte dalla procedura di bilanciamento.

L'approccio *prima facie* è soggetto solitamente ad alcune critiche canoniche. Così come lo specificazionismo, l'approccio *prima facie* è accusato di non fornire delle regole guida effettive per ordinare i diritti, e sembra essere soggetto anch'esso a problemi legati alla sua efficienza. Non sto a ripetere le osservazioni a riguardo che ho già fatto nei confronti di simili accuse legate allo specificazionismo, perché mi sembrano valide anche in questo caso.

Un problema più scottante riguarda invece la descrizione dei diritti offerta dall'approccio *prima*

⁵⁰⁷Alcuni autori che si rifanno all'idea di diritti *prima facie* sono S. Stoljar, *An analysis of rights*, op. cit., W.K. Frankena, *The concept of universal human rights*, in *Science, language and human rights*, op. cit. e *Natural and inalienable rights*, "Philosophical Review" 64 (1955); G. Vlastos, *Justice and equality*, in R. Brandt (a cura di), *Social justice*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1962; M.P. Golding, *The primacy of welfare rights*, "Social Philosophy and Policy" 1 (1984); S. Hook, *Reflections on human rights*, in H.E. Kefer e M.K. Munitz, *Ethics and social justice*, State University of New York Press, Albany 1968; J.L. Mackie, *Can there be a right-based moral theory?*, in *Persons and values*, op. cit.; P. Montague, *When rights are permissibly infringed*, "Philosophical Studies" 53-3 (1988) e *The nature of rights: some logical considerations*, "Nous" 19 (1985); R. Brandt, *The concept of moral rights and its function*, op. cit. ed *Ethical theory*, op. cit., XVII; M.J. Zimmerman, *The concept of moral obligation*, op. cit., pp. 181-7; J. Donnelly, *Human rights as natural rights*, "Human rights quarterly" 4-3 (1982); H.J. McCloskey, *Human needs, rights and political values*, "American Philosophical Quarterly" 13-1 (1976) e *Respect for human moral rights versus maximizing good*, in R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*, Basil Blackwell, Oxford 1985.

facie. Dal momento che i diritti *prima facie* non sono assoluti (1), si può dire che siano assoluti (2)? La situazione è piuttosto complicata. Svvariati autori sostengono che non sia così⁵⁰⁸. Altri – decidendo di adoperare questa terminologia oppure evitandola – pensano invece che l'approccio *prima facie* sia sostanzialmente un descrizione dei diritti come assoluti (2)⁵⁰⁹. Per sostenere la tesi secondo cui l'approccio *prima facie non è* una descrizione dei diritti come assoluti (2) si difende solitamente una delle seguenti asserzioni⁵¹⁰:

- (i). Che un diritto *prima facie* scavalcato da una considerazione morale più importante in realtà non era un diritto, ma sembrava tale solo a noi.
- (ii). Che un diritto *prima facie* scavalcato da una considerazione morale più importante era un diritto – o la presunzione di un diritto – ma che dopo essere stato scavalcato ha perso ogni forza normativa.

Partendo da una di queste due tesi – non importa quale – è possibile concludere, come ha fatto George Rainbolt, che lo specificazionismo e l'approccio *prima facie* siano da un punto di vista formale identici⁵¹¹. È da notare che Rainbolt non concepisce questa come una critica. Ma, dal momento che nella descrizione che ne ho dato lo specificazionismo è afflitto da alcuni difetti di ipersemplicazione, se la sua tesi fosse giusta, allora anche l'approccio *prima facie* cadrebbe in crisi.

In effetti, a un primo sguardo, le due teorie possiedono importanti similarità. Il processo di specificazione attraverso cui sono concepite le regole di ordinamento, e quello di bilanciamento tra i vari pesi dei diritti, differiscono apparentemente soltanto per quanto riguardo il momento in cui

508Tra essi si trovano tutti i critici dell'approccio *prima facie*: vedi per esempio H. Morris, *Persons and punishment*, op. cit., pp. 498-9; J. Feinberg, *Social philosophy*, op. cit., pp. 73-5; A.I. Melden, *Rights and persons*, op. cit., pp. 4-16, *Rights and rights conduct*, Basil Blackwell, Oxford (1959) pp. 18-20, *The play of rights*, "The Monist" 56 (1972) e *On moral rights*, in N.E. Bowie, *Ethical theory in the last quarter of the twentieth century*, Ridgeview, Atascadero 1983, pp. 110-2; H.J. McCloskey, *Rights. Some conceptual issues*, op. cit. (ma sulla posizione di McCloskey vedi anche la nota successiva).

509Vedi per esempio M. Kramer, *Moral rights and the limits of the ought-implies-can principle*, "Inquiry" 48-4 (2005), pp. 345-9; E. Conee, *Why moral dilemmas are impossible*, "American Philosophical Quarterly" 26-2 (1989), p. 134 e *Against moral dilemmas*, "Philosophical Review" 91-1982, p. 89; R. Martin & J. Nickel, *Recent work on the concept of rights*, "American Philosophical Quarterly" 17-3 (1980), p. 173; P. Jones, *Rights*, op. cit., pp. 195-8. McCloskey, nonostante la sua posizione in *Rights. Some conceptual issues*, op. cit. vada nella direzione contraria (vedi la nota precedente), nel suo testo *Privacy and the right to privacy*, in *Moral dilemmas: readings in ethics and social philosophy*, Richard Purtill, Wadsworth 1985, scrive: "un diritto *prima facie* intrinseco come il diritto alla vita [è] tale da rimanere un diritto reale anche quando è legittimamente accantonato, e in queste situazioni può dare luce a pretese e obblighi" (p. 351) e sembra in questo modo sposare la causa per cui i diritti *prima facie* sarebbero assoluti (2).

510Vedi a tal proposito J. Wagner Decew, *Moral rights: conflicts and valid claims*, "Philosophical Studies" 54 (1988), p. 74 e nuovamente H. Morris, *Persons and punishment*, op. cit., pp. 498-9. Questa considerazione è portata avanti a proposito dei doveri *prima facie* da J. Searle, in *Prima facie obligations*, in J. Raz (a cura di), *Practical reasoning*, Oxford University Press, Oxford 1978, pp. 81-90.

511G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., pp. 167-8.

questi atti deliberativi sono compiuti. Entrambi gli approcci sono limitati da considerazioni di natura epistemica, ma permettono di concepire dal punto di vista teorico possibile l'impresa di ordinamento. Infine, a parità di considerazioni normative, non sembrerebbero esserci casi in cui di fronte alla stessa situazione le due teorie possano produrre risultati diversi. Se riprendiamo l'esempio sviluppato in [4.1.1] e sosteniamo, come sembra plausibile, che le rivendicazioni dell'alpinista sperduto nella tempesta siano più rilevanti di quelle del proprietario della baita, il risultato finale non cambia sia adottando una prospettiva specificazionista, sia affidandoci invece a una basata sui diritti *prima facie*. La posizione di Rainbolt sembra quindi essere plausibile. Ma essa si basa per l'appunto sull'ulteriore affermazione per cui anche nell'approccio *prima facie* i diritti reali possono essere letti come assoluti (1) contingentati, e non come assoluti (2). Il problema è quindi di capire quale sia la descrizione che l'approccio *prima facie* dà dei diritti. Sono assoluti (1) contingentati come nel caso dello specificazionismo, oppure no?

5.1.4 Che cosa sono i diritti *prima facie*

Nella letteratura si oppongono solitamente i diritti *prima facie* ai diritti assoluti, ma in realtà la contrapposizione che si vuole sottolineare in questi casi è quella coi diritti assoluti (1) *simpliciter*. Se l'approccio *prima facie* fosse equivalente a quello specificazionista, i diritti *prima facie* non sarebbero infatti nient'altro che diritti assoluti (1) contingentati, e anche nel caso contrario essi sarebbero comunque assoluti (2).

Il termine tecnico *prima facie* è stato introdotto da William David Ross in *The right and the good* nel contesto di una discussione sui *doveri*⁵¹². Ross è anche il primo ad avere adoperato l'espressione *diritti prima facie*⁵¹³ e non sembra aver avuto particolari problemi a estendere in questa direzione il termine originariamente coniato per spiegare il conflitto tra doveri. È da notare che il contesto originale in cui questo termine era inserito era quello proprio dell'intuizionismo britannico della prima metà del novecento. Nella sua versione originale l'approccio *prima facie* era tra le altre cose anche una descrizione di che cosa avviene nel ragionamento pratico secondo la prospettiva metaetica generale propria di questa scuola e gran parte delle sue premesse erano in comune con altri parti della teoria intuizionista. Portato fuori di questa teoria l'approccio *prima facie* perde parte della sua ricchezza teorica che, nella versione originale, rendeva questo un modo distinto di concepire l'ordinamento rispetto allo specificazionismo. Per quella che è la nostra problematica, però, che cosa significa – o che cosa può significare – l'espressione *prima facie*?

L'introduzione di Ross dell'espressione «obblighi *prima facie*» è stata sicuramente importante

⁵¹²In questo paragrafo adopererò i termini «dovere», «obbligo» e «obbligazione» come sinonimi, per tornare fin dal prossimo all'uso tecnico che ho proposto in [2.1.1].

⁵¹³Per esempio in *The right and the good*, op. cit., p. 62.

nell'ambito della teoria morale, ma come tutte le imprese pioneristiche non può dirsi perfettamente riuscita al primo tentativo⁵¹⁴. La descrizione di Ross di che cosa sia un obbligo *prima facie* è a volte confusa. Esso è qualcosa che si contrappone a ciò che di volta in volta Ross definisce come «dovere *sans phrase*», «obbligo assoluto», «dovere in senso stretto», «obbligo attuale». Oltre a una terminologia fluttuante, Ross fornisce anche elementi diversi, a volte eterogenei, per comprendere che cosa intenda con obbligo *prima facie*. Sembrerebbe comunque, dall'uso che fa di questa espressione, che un obbligo *prima facie* non sia qualcosa che *prima facie* potrebbe essere un obbligo. Da qui si potrebbe dedurre che un obbligo *prima facie* non è semplicemente una ragione per avere un'obbligazione o un'obbligazione apparente. Ross inoltre sostiene che questa locuzione può anche essere resa con «dovere condizionale⁵¹⁵. Ma questa definizione sembra confondere le acque più che calmarle. La condizionalità è un concetto che può essere concepito in svariati modi⁵¹⁶, e deve essere pertanto esplicitato ulteriormente per essere efficace, cosa che Ross non fa.

Successivamente, però, Ross sembrerebbe affermare che un obbligo *prima facie* sia qualcosa che *tende* a essere un obbligo⁵¹⁷, e questa definizione mi sembra puntare chiaramente verso un'interpretazione specificazionista. Qualcosa che *tende* a essere un obbligo non può, infatti, essere a sua volta un *obbligo* – ma può essere una ragione o una rivendicazione per un obbligo. Del resto in precedenza Ross aveva dichiarato che un obbligo *prima facie* “non è, infatti, un dovere, ma qualcosa di relato in maniera particolare a un dovere”⁵¹⁸. Ma questo qualcosa per Ross corrisponde a un fatto morale oggettivo di qualche sorta, e si rimane così nuovamente in bilico tra le due prospettive interpretative.

Non è finita. Ross afferma anche, discutendo dell'analisi fatta da Prichard del termine «*claim*», che con obbligo *prima facie* non si intende affatto una rivendicazione soggettiva o una semplice ragione personale per sostenere la presenza di un'obbligazione, ma piuttosto un fatto oggettivo di qualche tipo⁵¹⁹. E successivamente fornisce una descrizione della psicologia morale a monte dell'approccio *prima facie* che sembra contrastare con l'interpretazione specificazionista:

“Deve essere riconosciuto che vi è una differenza tra un dovere *prima facie* e un dovere attuale o assoluto. Quando ci riteniamo giustificati, o per la verità obbligati, a rompere una promessa al fine di alleviare la sofferenza di qualcuno, non cessiamo per un momento di riconoscere un dovere *prima facie* di mantenere le nostre promesse, e questo ci porta a

514S. Kagan ha proposto di sostituire, devo dire senza grande successo, la locuzione *prima facie* con quella *pro tempore* in S. Kagan, *The limits of morality*, Clarendon Press, Oxford 1989.

515W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 19.

516Vedi a proposito A.I Melden, *The play of rights*, op. cit., p. 483.

517W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 28.

518W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 20.

519W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 20.

provare, non tanto vergogna o rimorso, ma piuttosto compunzione, per agire così.”⁵²⁰

Che cosa significhi qui compunzione non è affatto chiaro. Ciò che mi sembra invece plausibile ricavare da questa citazione è che l'approccio *prima facie*, nonostante i vari tentennamenti e qualche incoerenza definitoria, può offrire una prospettiva psicologia diversa sul conflitto rispetto allo specificazionismo. L'approccio *prima facie* permette di rendere conto di quel sentimento di disagio che si prova nelle situazioni conflittuali. L'idea alla base dello specificazionismo, invece, per cui un diritto c'è oppure no, non permette di spiegare questo genere di situazioni. Molto probabilmente lo spirito originario con cui Ross intendeva l'approccio *prima facie* era quello di considerare le obbligazioni *prima facie* come qualcosa che non sparisce solo perché soverchiata in qualche modo – “*non sradicabile ma scavalcabile*”⁵²¹ per adoperare una felice definizione coniata da Robert Audi. Ma una certa ambiguità di fondo, però, permane.

Questo significa che non c'è un modo univoco per interpretare l'approccio *prima facie*. È sicuramente possibile elaborare prospettive *prima facie* connesse sia con l'idea di assoluto (1) che con quella di assoluto (2), poiché c'è un certo «gioco» nella definizione originale di questa locuzione che permette di selezionare al suo interno opzioni a volte anche contrastanti. In ogni caso, le prospettive *prima facie* che si rifacciano a un'idea di assoluto (1) saranno all'atto pratico indistinguibili dallo specificazionismo, come vuole Rainbolt, e pertanto non mi sembra utile discuterne ancora.

Il problema semmai, è che un approccio *prima facie* dove i diritti sono visti alla stregua di assoluti (2), se non ulteriormente elaborato, non ci porta lontano. Tutto ciò che esso può dirci è che i diritti, nonostante a volte non possano essere delle ragioni valide per generare gli elementi deontici cui sono associati, mantengono comunque un carico normativo di un certo tipo. Non ci è detto qual è il significato di questo carico normativo residuo, e quali siano le sue funzioni. È necessario pertanto introdurre delle nuove nozioni per specificare l'assunzione che i diritti siano assoluti (2): sarà quello che farò nella prossima serie di paragrafi.

⁵²⁰W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 28.

⁵²¹R. Audi, *The good in the right. A theory of intuition and intrinsic value*, Princeton University Press, Princeton 2004, p. 24.

5.2 *Violare e infrangere un diritto*

Ricapitoliamo il percorso che ci ha portato fin qui: se vogliamo, come è auspicabile, ovviare al problema di quei conflitti tra diritti che possono generare dilemmi morali dobbiamo adottare un metodo di ordinamento dei diritti. Uno potrebbe essere lo specificazionismo, il quale pone la premessa implicita che i diritti siano assoluti (1) contingentati, ovvero ristretti da clausole di applicazione specifiche. Questo ci porta ad avere sistemi normativi ordinati, ma al prezzo di semplificare eccessivamente la nozione di diritti: sul fronte della capacità esplicativa di comprendere che cosa accade nei conflitti sul piano psicologico, e, soprattutto, per quanto riguarda la forza normativa. Una soluzione potrebbe essere quella di adottare l'approccio *prima facie*: soltanto che questo dà adito a soluzioni eterogenee che possono anche differire parecchio tra loro. Da una parte abbiamo soluzioni che sono, all'atto pratico, riassorbibili nella prospettiva specificazionista e che quindi presentano i medesimi difetti di questa. Dall'altra soluzioni che concepiscono i diritti in maniera diversa rispetto allo specificazionismo: questo tipo di approcci sembrano in grado di fornire una spiegazione migliore di che cosa accada dal punto di vista psicologico nelle situazioni di conflitto, e paiono descrivere i diritti come oggetti normativi speciali. Ma necessitano di essere ulteriormente elaborati, poiché allo stato attuale, non ci dicono altro che i diritti sono degli assoluti (2). Nel tentativo di arginare la confusione creata dai due significati di *prima facie*, eviterò per ora di continuare ad adoperare questa espressione, dando per scontato in questa serie di paragrafi che i diritti di cui sto parlando sono, se non diversamente indicato, assoluti (2) – o *prima facie* del secondo genere.

Adesso, per specificare la nozione di diritti assoluti (2) così come richiesto, è necessario introdurre nuovi elementi: in particolar modo la distinzione tra l'*infrazione* di un diritto, e la sua *violazione*.

5.2.1 *Violazione e infrazione*

Ci sono due modalità attraverso cui si può penetrare lo spazio morale delimitato da un diritto⁵²². La prima è la modalità *illecita* della violazione. Se l'alpinista dell'esempio portato in [4.1.1] arrivasse in una bella giornata di sole alla baita e gli desse fuoco senza motivo, commetterebbe una violazione dei diritti del proprietario. La seconda modalità è quella *lecita*⁵²³ della infrazione, e che

522Questa distinzione tra violazione e infrazione è stata formulata per la prima volta da Judith Jarvis Thomson. Per una definizione sintetica della distinzione, vedi *Some ruminations on rights*, "The University of Arizona Law Review" 19 (1977) ristampato in *Rights, restitution, and risk*, op. cit., p. 51.

523Che, si deve ricordare – come spesso invece non si fa – che è lecita nello spazio normativo generale, e non in quello hohfeldiano, pena cadere in una inconsistenza logica. Per accettare la distinzione tra infrazione e violazione è quindi necessario ammettere che lo spazio generale del lecito non coincide con quello più ristretto disegnato dalle libertà hohfeldiane, e che in alcuni casi il primo abbia priorità sul secondo. Sulla questione del rapporto tra liceità e libertà hohfeldiane vedi il paragrafo [2.2.4]. Sulla questione vedi anche il successivo paragrafo [5.2.5].

corrisponde, nell'esempio dell'alpinista bloccato dalla tempesta, al suo adoperare la baita per ripararsi. L'infrazione di un diritto non equivale di fatto al suo *annullamento*. Il diritto – come prescrive la definizione di assoluto (2) – per quanto legittimamente prevaricato, è sempre lì, e dà origine a un «residuo normativo» che deve essere colmato: ciò, secondo la logica dell'infrazione, avviene attraverso una qualche forma di compensazione o di apologia.

Normalmente si ritiene che gli obblighi di riparazione siano fondati su un qualche atto moralmente sbagliato compiuto in precedenza⁵²⁴. Essi scaturiscono da una colpa morale di qualche genere. Adesso, è del tutto evidente che se vogliamo accogliere la differenza tra violare e infrangere un diritto dobbiamo distinguere tra due diverse tipologie di colpa – una colpa (I) legata all'infrazione e una colpa (V) legata alla violazione – così come dobbiamo distinguere tra due diversi tipi di obblighi di riparazione. Altrimenti, le differenze tra infrazione e violazione imploderebbero, e in tutti i casi come quello esemplificato dall'alpinista perso nella tempesta dovremmo ammettere che siamo di fronte a dilemmi morali veri e propri, dove è impossibile giungere a una conclusione moralmente soddisfacente⁵²⁵. Darò quindi per scontato che le colpe (I) e i doveri di riparazione (I) non indichino la precedente presenza di due obbligazioni di pari peso ma impossibili, e tra le quali pertanto è impossibile decidere. Quando si ha a che fare con una infrazione, infatti, la questione in gioco non è tanto decidere che cosa sia giusto fare, quanto capire come si può procedere nei confronti di quel residuo normativo che rimane una volta sciolto il conflitto. Nel caso dell'alpinista, per esempio, il problema non è quello di decidere se abbia o no il diritto-libertà di disporre della baita: ciò è chiaramente fuori discussione. La questione è piuttosto capire in che rapporto si trovino l'alpinista e il proprietario successivamente all'infrazione, considerando il fatto che un diritto non è qualcosa che compare e scompare di colpo passando da una situazione a un'altra, ma delimita una precisa importanza del soggetto che, pur potendo variare in misura maggiore o minore in base agli eventi, non può essere cancellata con un colpo di spugna.

A volte, però, il linguaggio degli autori che si rifanno alla distinzione tra infrazione e violazione non riesce a uscire da una certa ambiguità che si barcamena sul filo della contraddizione. Feinberg, nella sua critica all'approccio *prima facie*, scrive, trattando l'argomento del peso di un diritto, che “i diritti (...) non differiscono di grado; nessun diritto è più diritto di altri”⁵²⁶. A proposito dell'alpinista Thomson invece afferma che date le circostanze la sua azione è “moralmente permessibile, né

524Vedi per esempio W.D. Ross, *The right and the good*, op. cit., p. 21.

525Riguardo a questo punto la posizione di Thomson e di altri autori che hanno fatto propria la distinzione tra violazione e infrazione è oscillante. Dal canto mio invece, la declinazione di questa distinzione che propongo non implica affatto il riconoscere la natura dilemmatica di alcuni conflitti tra diritti, in linea con quanto affermato in precedenza.

526J. Feinberg, *The nature and value of rights*, in *Rights, justice and the bounds of liberty*, op. cit., p. 152.

cattiva, né sbagliata” ma che questo modo di agire nondimeno è ingiusto⁵²⁷, e l'accostamento dei termini fa un po' girare la testa. Per questo motivo forse è il caso di sviscerare un po' meglio che cosa si intenda per colpa (I) e dovere di riparazione (I). Partiamo dal primo concetto, e vediamo subito dove ci porta riguardo alla questione dei dilemmi.

5.2.2 La colpa nell'infrazione

Una delle differenze che Hart individuava tra i sistemi normativi morali e quelli giuridici era che nei primi la volontarietà dell'azione è sempre l'indice giusto per misurare la colpevolezza (morale), mentre al contrario la legge può prevedere dei casi di «stretta imputabilità» [*strict liability*] dove non sono considerate le intenzioni e le reali possibilità dell'agente per stabilirne la colpevolezza⁵²⁸. Un caso di stretta imputabilità è infatti quello citato da Thomson per mostrare come i sistemi normativi giuridici implementino già la distinzione tra infrazione e violazione dei diritti⁵²⁹. Ma non sembra possibile, o quantomeno è fuorviante, trasferire senza colpo ferire questo genere di situazioni proprie dell'ambito giuridico all'interno della normatività morale – proprio per la differente definizione del concetto di colpa che i due sistemi adottano⁵³⁰. Una colpa morale indica che è stato fatto qualcosa di *male*. Per questo motivo essa implica un fatto che è del tutto assente, se non in chiave contingente, nell'idea di colpa giuridica. E non è necessario adottare una concezione metafisica del male e del bene (che sarebbe del resto incompatibile con la posizione metaetica di fondo che ho difeso in precedenza) per sostenere questa tesi. Basti pensare alle differenti modalità con cui la normatività giuridica e quella morale affrontano il problema della colpevolezza. I sistemi normativi giuridici sembrano accontentarsi di comminare di fronte alla colpevolezza una data sanzione – giustificando questa a partire da tesi di vario genere⁵³¹. Se nella colpa giuridica vi è un male – e non è detto che vi sia sempre, per il semplice fatto che il dominio della normatività giuridica non coincide interamente con quello della morale⁵³² – la sua riparazione è esclusivamente affidata alla sanzione, se questa a sua volta è interpretata come capace di realizzare un simile compito. La questione del male commesso e della colpa in ambito morale è invece diversa, e più pervasiva. La sanzione occupa un ruolo periferico – se lo occupa del tutto – nell'ambito della

527J.J. Thomson, *Rights and compensation*, “Nous” 14 (1980), ristampato in *Rights, restitution, and risk*, op. cit., p. 76.

528H.L.A. Hart, *The concept of law*, op. cit., pp. 178-9.

529Vedi J.J. Thomson, *The realm of rights*, op. cit., pp. 100-3.

530M. Kramer sostiene invece che sia possibile stabilire adoperare il concetto di stretta imputabilità anche in morale, citando quei casi in cui un diritto morale è violato senza che ci siano effettivamente delle responsabilità colpose da parte di qualcuno. Gli esempi di Kramer sono persuasivi fino a un certo punto, posto più indietro di quello che vorrebbero far raggiungere. Vedi il suo *Moral rights and the limits of the ought-implies-can principle*, op. cit.

531Per una discussione a riguardo rimando al sempre valido E. Westermarck, *Ethical relativity*, op. cit.

532Se male c'è, esso è per motivi derivati. L'atto normato da una regola giuridica potrebbe essere normato anche da una regola morale. Oppure, in caso questo non si verifichi, potrebbe esserci una qualche obbligazione morale generale riguardo all'obbedienza delle norme giuridiche (su questo vedi il paragrafo [1.1.5]). Ma in generale non è possibile applicare leggermente la categoria del male alle infrazioni giuridiche, al contrario di quelle morali.

normatività morale, e per questo motivo non è detto che certe tipologie di colpevolezza possano essere del tutto superate in ambito morale, mentre teoricamente ciò è un prerequisito per quanto riguarda la normatività giuridica. Allo stesso tempo nell'ambito morale è presente una dimensione soggettiva che è del tutto assente in ambito giuridico. È impossibile rendere del tutto formali e personalizzati i rapporti etici. Al contrario, la normatività giuridica si basa su un concetto di soggetto astratto – la persona giuridica. Questo è il motivo per cui le dinamiche del perdono sono del tutto assenti nella normatività giuridica, così come quelle dell'amnistia non avrebbero alcun senso se applicate nella morale. Tutto questo per dire quindi, che è fallace a mio avviso traslare esempi tratti dall'esperienza giuridica in ambito morale al fine di dimostrare qualche tesi: non è detto che il trapianto funzioni, e questo mi sembra un caso del genere.

Un lato diverso per affrontare il problema potrebbe essere quello di partire dalla dimensione direzionale che, come si è visto, costituisce una delle caratteristiche peculiari dei diritti. L'idea di un'obbligazione implica che la sua violazione consista nell'eseguire un atto diverso da quello richiesto dal contenuto dell'obbligo. Un dovere hohfeldiano non è una semplice obbligazione. Esso è una ragione per un'obbligazione che ha il suo significato nella relazione che lega un agente a un soggetto titolato con la pretesa correlativa⁵³³. La violazione di un dovere hohfeldiano implica *anche* che si sia violata un'obbligazione, e che quindi si sia commesso un atto ingiusto. Ma nel fare questo si è anche commesso qualcosa di ulteriore: si è infatti venuti meno alla ragione che era dietro l'obbligazione. Siccome questa ragione era di fatto il soggetto titolato stesso (poiché le giustificazioni che nascono da un diritto sono tali in virtù del soggetto stesso, o di qualche sua caratteristica moralmente importante), si è commesso un torto contro di lui. Tenendo quindi presente questa caratteristica direzionale dei diritti possiamo ricavare che la *violazione* di un diritto implica sempre due torti:

- (i) Un torto perché si è commesso un atto ingiusto.
- (ii) Un torto nei confronti del soggetto titolato.

Adesso, la definizione di *infrazione* implica che solo uno dei due torti è stato compiuto, e precisamente (ii). Questo perché, ovviamente, l'idea di infrazione dà per scontato che non vi sia alcuna obbligazione da violare, e che quindi l'atto in sé non sia ingiusto. Ciò sta a dire che la differenza tra i due tipi di colpa connessi con l'infrazione e la violazione è che la colpa (V) deriva dalla congiunzione di (i) e (ii) – si tratta cioè di un torto commesso *compiendo un atto ingiusto nei*

⁵³³Adopero le pretese a mo' di esempio, ma come sempre basta sostituire il significato di violazione (1) con quello (2) per allargare la discussione anche alle libertà e alle immunità, gli altri due elementi hohfeldiani che possono costituire un diritto.

confronti del soggetto titolato – mentre la colpa (I) è frutto esclusivamente di (ii) – di un atto che seppure giusto, *lede in qualche modo il soggetto titolato*.

Quali sono le conseguenze di questo ragionamento a proposito dell'ordinamento di un insieme di diritti? Anzitutto possiamo dire che in entrambi i casi – quello di colpa (V) e quello di colpa (I) – siamo di fronte a due tipologie di *colpa morale*. Ma questo non significa niente a proposito la possibilità o meno di dilemmi. Si ricorderà che un dilemma morale nasce dalla presenza contemporanea di due obblighi non compostibili e di pari peso. La situazione dilemmatica prevede quindi che, qualsiasi sia la risoluzione che si possa porre, un torto (i) è compiuto, il che, nel caso di un dilemma generato da un conflitto tra diritti, si traduce in una colpa (V). Il torto (ii) e la colpa (I) che ne consegue sono invece i prodotti non della violazione di un obbligo, bensì della violazione di una *ragione*. Questo è il motivo per cui una infrazione non è sintomo di un dilemma morale.

Ma che tipo di violazione è una violazione di una ragione? L'espressione può suonare strana. Ci sono tre modi per intenderla. Si potrebbe qui concepire una ragione in maniera analoga ai doveri di tipo supererogatorio. Violazione quindi starebbe a significare nient'altro che un eufemismo, un'espressione tecnica per indicare che l'agente non ha intrapreso una strada che avrebbe potuto prendere, se solo avesse scelto di farlo. Del resto è lecito non rispettare un dovere supererogatorio, come in questo caso sembra essere lecito non rispettare un dovere hohfeldiano. Ma tracciare un'analogia forte tra i due tipi di dovere significa svuotare di significato la nozione di diritti. Considerare l'infrazione di un diritto in questi termini significa infatti annullare ogni senso originale della colpa (I).

Un secondo modo di vedere la questione potrebbe risiedere nel considerare la colpa (I) insita nella infrazione di quel tipo particolare di ragioni che sono i diritti come un genere di colpa morale in senso pieno – alla stregua quindi di una violazione di obblighi. Questo non significa rendere la colpa (I) identica alla colpa (V), ma significa però rendere identiche le loro conseguenze. Soprattutto, significa accettare in questo modo la presenza di dilemmi morali insolubili a dispetto del fatto che le due soluzioni non solo non sono simmetriche, ma solo una è considerata migliore dell'altra. Non credo che questa sia una strada percorribile. Teoricamente lo è, ma da un punto di vista normativo per farlo si deve accettare una descrizione della colpa morale spinta verso una concezione metafisica del male molto forte e verso esiti volontaristici che non sono sostenibili in base agli assunti metaetici difesi in precedenza. Difendere la posizione secondo cui si può fare il male – in senso forte, non semplicemente in quello presupposto da un torto legittimato dalle circostanze – anche agendo al meglio delle nostre possibilità significa accettare un quadro dipinto coi colori cupi di qualcosa di simile al peccato originale o alla caduta da un Eden: quadro che razionalmente parlando non è appagante.

La terza possibilità è quella di considerare questo genere di violazioni come qualcosa di originale nel panorama normativo, legato all'*importanza* dei diritti per i soggetti che ne sono tutelati. Come ragioni i diritti potrebbero mantenere in certi casi un residuo anche laddove vi siano considerazioni più pressanti in grado di scavalcarli e imporre in questa maniera le proprie norme. È necessario sottolineare che adottare questa prospettiva significa compiere una *scelta normativa* ben precisa, poiché non c'è alcunché di formale che giustifichi una mossa del genere⁵³⁴. Questo non implica affatto svalutare il ragionamento a monte di questa scelta: ci possono essere numerose ragioni per sostenere questa importanza peculiare dei diritti, e cominceremo a vederne qualcuna a partire dai prossimi paragrafi. Quello che occorre ricordare qui è che adottando questa prospettiva la colpa (I) sarebbe da esprimersi sotto forma di questo *residuo morale* e non andrebbe pertanto considerata come una colpa vera e propria – la colpa (V) – non solo per quanto riguarda la sostanza, ma anche per le conseguenze. Compresi gli obblighi di riparazione prodotti.

5.2.3 *Gli obblighi di riparazione nell'infrazione*

L'alpinista che dà fuoco per divertimento alla baita commette una colpa (V): per questo motivo dovrà quindi impegnarsi in qualche forma di obbligo di riparazione. Può sembrare strano che l'alpinista colto dalla tempesta, il quale commette una colpa (I) – che come si è visto non è in senso stretto una colpa – sia obbligato anch'egli a qualche genere di obbligo di riparazione. Di primo acchito però sembra del tutto evidente che le due tipologie di riparazioni non saranno identiche. Probabilmente il secondo alpinista dovrà – se può – ricompensare dei danni compiuti il proprietario della baita. Il primo al contrario dovrà con ogni probabilità compiere qualcosa di più: è del tutto plausibile che la sua riparazione conterrà anche l'espiazione di qualche genere di sanzione. Sembra quindi legittimo considerare gli obblighi di riparazione (V) diversi dagli obblighi di riparazione (I). Prima di cercare di capire meglio in che cosa consista questa differenza⁵³⁵ è il caso di vedere qual è il rapporto tra diritti e compensazione, poiché questo non sembra essere stato declinato in maniera univoca. Da una parte possiamo infatti trovare alcuni autori⁵³⁶ che hanno fatto propria una concezione che potremmo definire «niente riparazione, allora niente diritti». Per questi autori la presenza di un diritto implica necessariamente un qualche obbligo di riparazione (ma non

534Sull'argomento vedi M.J. Zimmerman, *The concept of moral obligation*, op. cit., pp. 174-6.

535Preliminarmente possiamo però già dire che soltanto gli obblighi di riparazione (V) sono tali in virtù della precedente definizione data in [5.1.4] e ripresa da Ross, per cui un obbligo di riparazione scaturisce dalla violazione di una obbligazione: questo per il ragionamento espresso nel paragrafo precedente, per cui una infrazione non implica una violazione di un'obbligazione.

536Oltre ai già citati Feinberg e Thomson si può anche ricordare Rowan Cruft (vedi *Rights: beyond interest and will theory?*, op. cit., pp. 359-61), la cui teoria inclusiva si è descritta nel paragrafo [3.3.4], e Matthew Kramer (*Moral rights and the limits of the ought-implies-can principle*, op. cit., in particolar modo pp. 326-7).

viceversa). Altri⁵³⁷ hanno invece contestato legame, ritenendolo non necessario, se non superfluo. Cerchiamo di capirci qualche cosa di più.

A differenza che nell'inglese, dove il termine *compensation* è ambiguo, nella lingua italiana è possibile distinguere efficacemente una *compensazione* da una *ricompensa*. Quando parliamo di riparazione (I) intendiamo – oltre che a determinati comportamenti come l'apologia o la spiegazione – la compensazione, e non la ricompensa. I critici della connessione riparazione/diritti hanno cercato di mostrare come esistano dei controesempi plausibili di infrazioni di diritto che non danno adito a riparazioni (I) – siano esse delle compensazioni, o delle semplici apologie. Alcuni di questi esempi sono molto dettagliati⁵³⁸, sebbene non sempre convincenti. In altri casi si è affermato invece come sia impossibile che da un atto lecito si produca nonostante tutto una forma di compensazione. Questo genere di argomenti è volto ovviamente a dimostrare che non esiste alcun tipo di colpa (I)⁵³⁹ e quindi degli obblighi di riparazione (I). La questione, però, è che, come si è visto in precedenza, un obbligo di riparazione (I) non nasce dal contenuto dell'atto in sé, quanto dalla presenza di un soggetto titolare che è ragione dell'obbligazione messa da parte: caratteristica questa che è centrale per la presenza di un diritto. Non è quindi possibile accettare al contempo questo genere di argomento e affermare che i diritti possiedano una qualche forza normativa originale.

Rainbolt⁵⁴⁰ ha cercato invece di dimostrare come un sistema normativo sia in grado di gestire la questione degli obblighi di riparazione anche senza fare uso di diritti, adoperando norme di altro genere. Non mi sembra si possano offrire obiezioni a questa analisi: è possibile immaginare obblighi di riparazioni *simili* a quelli legati all'infrazione di un diritto anche in sistemi normativi dove i diritti non giocano alcuna parte. Ma non penso però che si possano estrapolare grandi conclusioni da questo dato di fatto, poiché il punto è un altro: un sistema di obblighi di riparazione

537In particolare P. Montague, *Rights and duties of compensation*, "Philosophy and Public Affairs" 13-1 (1984) e *When rights are permissibly infringed*, op. cit.; J. Oberdiek, *Lost in moral space*, op. cit.; G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., p. 164; T. Benditt, *Rights*, Rowman and Littlefield, Totowa 1982, IV.

538Per esempio il caso descritto da Philippa Foot: ti avevo promesso che sarei venuto a cena con te, ma ho dovuto accompagnare di corsa una persona in ospedale perché ero l'unico che poteva farlo – un caso questo di violazione di un diritto che non sembra necessitare di una compensazione, quanto piuttosto di una mera spiegazione (*Realism and moral dilemma*, op. cit., p. 387); oppure quello di Simon Blackburn: ho bisogno di una motosega e sia Bertha che Alice me ne offrono una: io scelgo quella di Alice, e per questo devo fornire spiegazioni a Bertha che il mio comportamento non è dettato da inimicizia o qualche altro problema con lei – un caso questo in cui una compensazione è dovuta anche senza la infrazione di alcun diritto (*Dilemmas: dithering, plumping, and grief*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op. cit., pp. 131-2); oppure, infine, il caso descritto da Walter Sinnott-Armstrong: ti avevo promesso che sarei venuto a cena con te, ma ho dovuto accompagnare di corsa una persona in ospedale perché ero l'unico che poteva farlo: più tardi ci incontriamo, e mi racconti che se fossimo andati a cena assieme saremmo entrambi morti, perché una bomba è esplosa nel ristorante – un caso questo dove sembra davvero strano rimpiangere che un diritto sia stato violato (*Moral dilemmas and rights*, in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*, op. cit., pp. 54-5).

539Oberdiek per esempio fornisce un resoconto basato sul pluralismo dei valori per spiegare il residuo morale per il quale si chiama in causa la colpa (I), in modo da evitare di dover ricorrere alla distinzione tra infrazione e violazione (vedi *Lost in moral space*, op. cit., pp. 330-7).

540G. Rainbolt, *The concept of rights*, op. cit., pp. 164-5.

non è necessariamente solo e soltanto un sistema di obblighi di riparazione (I). Ma se un sistema normativo prevede obblighi di riparazione *identici* a quelli descritti dall'infrazione di un diritto, allora diventa una verità analitica affermare che esso adopererà il concetto di diritto e di infrazione così come li abbiamo definiti finora. Affermare il contrario significa dire che è possibile avere il significato della *Divina Commedia* anche senza la *Divina Commedia*, perché possiamo comporre parola dopo parola un testo con lo stesso significato: peccato però che questo sarebbe proprio la *Divina Commedia*.

Un argomento più forte chiama in causa il problema della sanzione. Data la connessione riparazione/diritti sono soltanto tre le modalità con cui ci si può rapportare allo spazio normativo protetto da un diritto: si può rispettarlo, violarlo o infrangerlo – e questi ultimi due casi danno luce a obblighi di riparazione. Ma esistono situazioni dove i diritti non sono rispettati senza che si produca un obbligo di riparazione: basta pensare, per esempio, alla privazione dei diritti che subiscono le persone incarcerate⁵⁴¹. Questo argomento, per quanto valido, non dimostra però che non esiste alcuna connessione tra diritti e obblighi di riparazione: ciò che mostra è piuttosto che, accettando la nozione di sanzione all'interno di un sistema normativo morale dove vige la distinzione tra violazione e infrazione, non tutti i diritti potranno essere assoluti (2) *simpliciter*, ma alcuni di essi dovranno essere piuttosto assoluti (2) *contingentati*.

Il caso più eclatante di come l'infrazione di un diritto – e non solo la violazione – non sia connesso con alcun tipo di riparazione rimane comunque quello dell'uccisione. È difficile pensare al diritto alla vita come a un diritto assoluto (2) contingentato: il diritto alla vita è il candidato più plausibile per essere considerato un diritto assoluto *simpliciter*⁵⁴². Adesso, non importa la questione se sia lecito o no uccidere in certi casi una persona, rimane il fatto che non è possibile fornire una compensazione (tanto meno un'apologia) di alcun tipo per questo genere di atti. Non è possibile pensare che la compensazione o l'apologia possano essere risolte verso terzi – parenti, famigliari, amici – poiché i diritti sono oggetti normativi direzionati in maniera binaria. Il risarcimento pertanto non può essere riposizionato in un'altra direzione: ogni reindirizzamento del risarcimento è in realtà un *surrogato* di risarcimento. E anche il suggerimento di Kramer⁵⁴³ secondo cui, dal momento che le persone morte (così come quelle in coma) possono avere diritti, una qualche forma di compensazione è comunque possibile, non sembra essere ragionevole. È *forse* vero che una persona morta possa comunque avere dei diritti, ma in ogni caso una persona viva – anche in coma – è comunque diversa, sotto tutti gli aspetti, dalla stessa persona *morta*. In un certo senso tutti gli atti

541Vedi a proposito W. Quinn, *The right to threaten and the right to punish*, "Philosophy and Public Affairs" 14 (1985), pp. 328-9 e la discussione che porta avanti Montague in *When rights are permissibly infringed*, op. cit., pp. 353-7.

542Il richiamo a tal proposito è nuovamente ad A. Gewirth, *Is there an absolute right?*, op. cit.

543M. Kramer, *Moral rights and the limits of the ought-implies-can principle*, op. cit., p. 325.

che possiedono un valore morale sono irreversibili. Ma l'uccisione, concepita come infrazione o violazione del diritto alla vita, possiede un livello di irreversibilità massima, poiché non può mai essere compensata – e perdonata – se non in maniera surrettizia.

Se non si vuole accettare che anche il diritto alla vita sia un assoluto (2) contingentato la soluzione potrebbe essere quella di non considerare in nessun caso legittima una sua infrazione. Ciò sembra razionale. Ma apre la porta al problema degli *scudi umani innocenti*⁵⁴⁴: come fare quando la vita di molte persone dipende da quella di un unico innocente? In questi casi l'unica soluzione sembra quella di postulare una situazione *ex ante* in cui tutti i soggetti accettino di mettere in gioco i loro diritti nel caso sorgano inconvenienti del genere, poiché questo è ciò che farebbe un agente razionale.

5.2.4 Le due soglie dei diritti

Lasciamo da parte questi problemi, e accontentiamoci dei risultati pertinenti a questa discussione: il rapporto tra obblighi di riparazione (I) e infrazione dei diritti è quantomeno problematico, e non sembra essere così netto come vogliono i suoi difensori. Nondimeno, una certa connessione tra infrazione di diritti e riparazione sembra sussistere: torniamo, per esempio, al nostro alpinista e supponiamo questa volta che la baita in cui si rifugia sia sua. Per salvarsi dalla tempesta il nostro brucia del mobilio *suo*, e consuma dei viveri *suoi*. Paga quindi, obbligato dalle circostanze, un costo di qualche genere, pur non infrangendo alcun diritto. Per quale motivo l'alpinista perso nella tormenta nel caso non sia il proprietario della baita non dovrebbe pagare alcun tipo di costo, ma anzi, potrebbe scaricarlo su qualcun altro – il proprietario?

Si potrebbe a tal proposito affermare che la questione è mal posta, poiché ciò che conta è soltanto l'obbligo di soccorso. Si tratta sicuramente di una risposta convincente, ma essa è sostenibile soltanto all'interno di una prospettiva che compia la scelta normativa di *non concedere alcun spazio originale ai diritti*. Una risposta del genere infatti nega che vi sia bisogno di una tutela speciale di alcune caratteristiche specifiche di una data situazione da normare. Queste caratteristiche che, o non sono colte, oppure ne è negata l'importanza, consistono nelle possibilità aggiuntive – spesso decisive – che determinati soggetti possono aggiungere in una data situazione moralmente problematica. Nel nostro esempio, il proprietario della baita aggiunge alla situazione in cui si trova l'alpinista una *potenzialità* ben precisa – quella di adoperare la baita. Questa potenzialità non è scontata. L'obbligo di soccorso è chiaramente un dovere morale, ma bisogna riconoscere che esso può attualizzarsi in questa situazione soltanto grazie a questa potenzialità disposta dal proprietario della baita. Sembra quindi una questione sensata il dover riconoscergli una qualche forma di

544Sull'argomento vedi per esempio J.J. Thomson, *Self-defense and rights*, in *Rights, restitution and risk*, op. cit.

compensazione.

Si potrebbe dire che in questo caso la potenzialità messa in campo è ben poca cosa rispetto all'urgenza e al peso dell'obbligo di soccorso, e che quindi non è chiaro se l'alpinista deve realmente qualcosa al proprietario della baita. Si tratta nuovamente di una risposta plausibile. Ma essa invita a raffinare il nostro discorso, più che ad abbandonarlo. Il risarcimento non può essere qualcosa di rigidamente determinato sulla base del tipo di infrazione commessa, ma nascerà piuttosto dall'interazione tra le identità dei soggetti e dei diritti in questione. Si può essere indulgenti nel nostro esempio se immaginiamo l'alpinista come una persona comune, e il proprietario come qualcuno tanto fortunato da avere una seconda casa per le vacanze in montagna. Ma ribaltiamo la condizione e pensiamo all'alpinista come a un miliardario un po' incosciente in cerca di avventure, magari anche scarsamente esperto di montagna, e alla baita come a un povero ricovero per l'alpeggio in alta quota: in questo caso solo l'ostinazione può farci affermare che una qualche forma di risarcimento non è dovuta.

Questo bilanciamento di fattori nel determinare gli obblighi di risarcimento (I) ci mostra un'ulteriore differenza con gli obblighi di risarcimento (V). Per loro natura questi ultimi sono meno elastici. La violazione di un diritto è una faccenda che prevede obblighi in larga parte *neutrali* rispetto agli agenti coinvolti. L'infrazione invece dà luce a situazioni *mediate*. Alla luce di quanto si è detto finora possiamo immaginare quindi i diritti assoluti (2) contingentati come oggetti normativi che possiedono *due* soglie⁵⁴⁵ nei confronti dello spazio normativo «esterno». La prima soglia segna una frattura discreta ed è quella dell'infrazione. Tutto ciò che sta fuori da questa soglia non appartiene alle capacità del soggetto che ne è titolato. All'interno di questa invece si estende uno spazio *continuo* che porta alla seconda soglia, quella della violazione. Questo spazio continuo contiene tutte le possibili infrazioni di un diritto che possono essere compiute legittimamente, e possiamo immaginare che gli obblighi di risarcimento (I) si facciano sempre più stringenti a mano a mano che ci avviciniamo ai confini della seconda soglia. Dapprima avremo dei semplici obblighi di spiegazione⁵⁴⁶, successivamente obblighi di apologia, fino ad arrivare a obblighi di compensazione

545Il concetto di soglia di un diritto è adoperato in un altro contesto anche da Samantha Brennan in *How is the strength of a right determined? Assessing the harm view*, "American Philosophical Quarterly" 32-4 (1995) e *Thresholds for rights*, "The Southern Journal of Philosophy" 33 (1995).

546È parere di alcuni (vedi per esempio P. Montague, *When rights are permissibly infringed*, op. cit., p. 350) che la *spiegazione* non possa essere considerata una forma di *risarcimento*, tanto che alcuni autori sostengono apertamente che l'infrazione di un diritto non può dare luce a obblighi di risarcimento ma al massimo a spiegazioni. Di là di quanto sostengo in questo paragrafo, questo modo di vedere alla spiegazione è sbagliato. Prima di tutto perché un comportamento moralmente ineccepibile – dove non si dà non solo una colpa (V), ma anche una colpa (I) – in linea di massima non richiede mai spiegazione alcuna, poiché non produce alcuna conseguenza moralmente obbligatoria nell'agente (per quanto fornire una spiegazione possa essere in questi casi un atto supererogatorio di cortesia). Secondariamente perché, così come l'apologia e la compensazione, la spiegazione possiede un *costo*, sebbene questo sia inferiore rispetto alle due precedenti determinazioni. Dal momento che spiegare costa – in termini di risorse e di tempo – sarebbe assurdo dire che l'infrazione di un diritto non comporta alcun obbligo di risarcimento ma soltanto una spiegazione, poiché questo implicherebbe che l'agente, per quanto svincolato da ogni residuo morale, debba

veri e propri. Oltre la soglia della violazione la situazione si fa più semplice, e possiamo aspettarci un insieme più omogeneo – e severo – di obblighi di riparazione (V), accompagnati a volte anche da sanzioni relativamente neutrali rispetto all'identità del violatore e alle contingenze. Nella parte delimitata dalla soglia interna sono raccolte delle determinazioni morali che il sistema normativo riconosce come assolutamente importanti, mentre nella parte delimitata dalla soglia esterna si trovano determinazioni che, pur essendo importanti, possono essere a volte travalicate – ma non per questo senza che ci sia la necessità di rimediare in qualche modo.

La distinzione tra infrazione e violazione se sviscerata dà quindi luogo a una teoria di diritti che sono sostanzialmente degli assoluti (2), *simpliciter* o più spesso contingentati, dalla doppia soglia, e che possono dare origine a un vasto assortimento di obblighi di risarcimento: quelli di tipo (I) sostanzialmente determinati da una mediazione che coinvolge le identità dei soggetti coinvolti nel conflitto e il peso del diritto in questione, quelli di tipo (V) determinati in maniera più netta da considerazioni impersonali di giustizia. Questo modo di vedere i diritti può dare teoricamente luce a sistemi ordinati di diritti, ed è pertanto compatibile con le richieste di fondo che abbiamo posto in precedenza. Purtroppo, però, questo modello è reso fallace da un argomento di natura formale.

5.2.5 *L'argomento formale contro la distinzione*

La distinzione tra violazione e infrazione è stata spesso accusata di reggersi su alcune contraddizioni intrinseche⁵⁴⁷. Per valutare il peso di questo genere di obiezioni dobbiamo tenere a mente una considerazione che ho avanzato nei capitoli precedenti: che gli elementi hohfeldiani non sono norme in senso stretto, quanto piuttosto ragioni che innervano norme di tipo particolare⁵⁴⁸. Vediamo l'argomento così come è generalmente posto.

La situazione descritta da un'infrazione è tale per cui questi due enunciati sono veri:

- (1). X ha il diritto-pretesa di ϕ nei confronti di Y.
- (2). Y può lecitamente infrangere il contenuto di ϕ .

Adesso, (1) implica che:

- (3). Y ha il dovere di ϕ nei confronti di X.

comunque pagare un prezzo per la sua azione: proprio ciò che è negato dagli avversari della distinzione violazione/infrazione!

⁵⁴⁷Un argomento di questo genere – equipollente al primo che qui espongo, e che come si vedrà non è decisivo – è contenuto in P. Montague, *When rights are permissibly infringed*, op. cit.

⁵⁴⁸Per la definizione di norma e di ragione si rimanda al paragrafo [1.1.2].

E a sua volta (2) sta a dire che:

- (4). Y non ha il dovere di φ nei confronti di X.

Ma (3) e (4) si contraddicono: conseguentemente l'infrazione descrive una situazione impossibile.

Che dire? Partendo dalla discussione precedente⁵⁴⁹ sul rapporto tra libertà e liceità si può concludere rapidamente che, all'interno del quadro hohfeldiano emendato che ho presentato, la connessione tra (2) e (4) è falsa. Non è affatto vero che vi sia necessariamente un obbligo di φ , poiché potrebbe darsi che φ non sia lecito. Il passaggio tra (2) e (4) dà per scontata la seguente premessa:

- (5). Y può lecitamente infrangere il contenuto di φ se e solo se Y ha la libertà di φ nei confronti di X.

E questo perché (4) equivale all'asserzione di una *libertà hohfeldiana*. Ma se accettiamo che lo spazio normativo sia più esteso dello spazio hohfeldiano – e ci sono buone ragioni per farlo – allora (5) è necessariamente falsa. Una libertà hohfeldiana non coincide infatti con l'elemento deontico del permesso – allo stesso modo per cui un dovere hohfeldiano non è riducibile alla nozione di obbligo. Una libertà è infatti una ragione perché qualcosa sia permesso, ma una ragione che, accettando un ambito normativo allargato oltre i confini di quello disegnato dagli elementi hohfeldiani, non è detto che sia sempre conclusiva. Per questo motivo si può che concludere che (2) non significhi altro che, pur rimanendo il dovere hohfeldiano espresso da (3), l'obbligazione che esprime il contenuto di φ deve essere messa da parte nei termini di qualche altra obbligazione più pressante. Il dovere di φ pur essendo deonticamente inerte comporta un residuo: ed è questo che genera successivamente la colpa e gli obblighi di risarcimento associati con l'infrazione di un diritto.

L'argomento formale sembra essere in questo modo reso inefficace. Ma non è così: si tratta soltanto della particolare angolatura da cui lo abbiamo affrontato – l'angolatura da cui è solitamente esposto. Se ci spostiamo di visuale, però, il problema sembra ritornare: mi riferisco in particolare alla situazione che si viene a creare in quelle infrazioni causate non da un conflitto tra un diritto e un'altra considerazione morale, ma tra due diritti. Che dire infatti di questo caso:

- (6). Y può lecitamente infrangere il contenuto di φ perché Y ha la libertà di φ nei confronti

⁵⁴⁹Vedi i paragrafi [2.2.2] e [2.2.4].

di X.

Si tratta della descrizione dell'esempio dell'alpinista. E, mentre (5) non implica (4), altrettanto non si può dire di (6). Siamo di fronte a una contraddizione?

Sì. E non importa tanto che sia possibile – accettando un qualche tipo ordinamento tra (1) e (2) affermare che solo uno dei due elementi hohfeldiani è deonticamente in atto, poiché il problema è un altro: e precisamente che gli elementi hohfeldiani formano uno spazio disegnato *analiticamente* da coppie di opposti ed equivalenti logici, ed è contraddittorio dire che sussistono contemporaneamente il dovere di φ e la libertà di non- φ , anche se soltanto uno tra i due elementi genera una prescrizione deontica. Se quindi è falso dire che (1) e (2) implicano che un agente ha al contempo il dovere di φ e il non dovere di φ nei casi di conflitto tra un elemento hohfeldiano e un altro oggetto normativo non hohfeldiano, lo stesso non si può in quei casi in cui a confliggere sono due elementi hohfeldiani. E questo perché le definizioni formali costruite da Hohfeld implicano che gli elementi non possano tra loro collidere, pena cadere in un'inconsistenza logica.

Per risolvere questo problema mantenendo intatta la nostra idea che i diritti siano assoluti (2) si potrebbe essere tentati di adoperare una soluzione diversa per quanto riguarda il conflitto interno hohfeldiano rispetto a quello interno non hohfeldiano. Ma non è né una soluzione pratica, né a ben vedere utile. Questa consisterebbe nel considerare i diritti come degli assoluti (2) nei confronti degli altri oggetti normativi, e come degli assoluti (1) tra loro. Ciò significa anzitutto abbandonare gli strumenti normativi che offriva la nozione di infrazione per quanto riguarda i conflitti interni hohfeldiani. Inoltre, costringe ad adoperare per spiegare i conflitti interni non hohfeldiani la nozione di elemento hohfeldiano deonticamente inerte: un dovere hohfeldiano, per esempio, che non dà luogo ad alcuna obbligazione. Non è molto comodo. Se è vero che non tutte le obbligazioni sono espressione di doveri hohfeldiani, così come non tutti i permessi nascono da libertà hohfeldiane, è molto più comodo pensare che tutti i doveri hohfeldiani diano luogo a obbligazioni e tutte le libertà hohfeldiane producano permessi – ed è così che sicuramente Hohfeld la pensa.

Un'altra soluzione – questa volta più convincente – potrebbe essere quella di sottodeterminare lo spazio normativo hohfeldiano a qualche altro tipo di considerazione, e definire tutti i diritti come assoluti (1) contingentati. La cosa può anche andare bene, se riflettiamo sul fatto che questo genere di diritti coincide con quello dei *diritti specifici*. Oltretutto non è una mossa incoerente con quanto si è detto fin ora: i diritti specifici si erano definiti, infatti, *giustificazioni normative*, e adesso possiamo aggiungere che sono *giustificazioni normative conclusive*. Il guadagno concettuale che è necessario raggiungere per far valere questa posizione, *senza perdere l'idea di assoluto (2)*, è che le considerazioni normative alla base di un diritto specifico, le quali sono bilanciante e possono essere

infrante, devono trovarsi a un altro livello: al livello dei diritti astratti.

5.3 I diritti astratti

All'inizio del capitolo [3] la strada si era secata in un bivio, e avevamo preso una direzione precisa – quella di analizzare i diritti specifici – riproponendoci poi più avanti di tornare sui nostri passi per seguire anche il secondo percorso – quello dei diritti astratti. Nei paragrafi precedenti, studiando il conflitto tra i diritti e il modo attraverso cui è possibile ordinare queste situazioni di stallo, si è visto come *non* sia possibile rendere conto, rimanendo fermi al modello hohfeldiano emendato proposto nel capitolo [2], di due intuizioni che ci sono sembrate plausibili riguardo al ruolo normativo dei diritti: che essi abbiano un «peso specifico» speciale rispetto ad altri oggetti normativi, e che un «residuo normativo» di qualche tipo permanga anche quando un diritto è scavalcato da altre considerazioni morali. Entrambe queste intuizioni ci sembrano importanti, poiché senza di esse il carico originale posseduto dalla nozione di diritti viene meno.

La soluzione, come si sarà già intuito, è quella di considerare i diritti specifici – diritti strettamente hohfeldiani – come giustificazioni normative ultime, e quindi come assoluti (1) contingentati, e i diritti astratti come delle strutture normative assolute (2) che sono, tramite il bilanciamento delle loro rivendicazioni con gli altri diritti e con considerazioni normative di stampo diverso, la fonte di giustificazione per i diritti specifici.

5.3.1 I diritti astratti e i diritti specifici

Ci sono due modi per concepire i diritti astratti. O come ammassi sempre più complessi di elementi atomici hohfeldiani che gravitano tutti attorno a un unico centro (e i diritti specifici saranno in questo caso dei pezzetti, isolati dal loro contesto, di queste supernove normative). O come oggetti normativi non hohfeldiani⁵⁵⁰ che hanno il compito di formare la giustificazione per i singoli diritti specifici. Il ragionamento che ci ha spinto fin qui implica già questa seconda definizione. Ci sono ulteriori argomenti a favore di questa: il modello esemplificato dalla prima definizione è infatti un modello *statico* e *inerte*. È statico perché di fatto non prevede la possibilità che, al variare dell'ambiente che il sistema normativo è chiamato a normare, un dato diritto astratto possa contrarsi o espandersi nei termini delle sue rivendicazioni normative. È inerte perché di fatto non ci dice niente di più rispetto a quello che non potremmo sapere già compilando una semplice lista di tutti i diritti specifici riconosciuti dal sistema normativo. L'unico impiego di una simile definizione è quello di fornire un casellario per i diritti specifici utile soltanto ai fini di razionalizzare e classificare rapidamente ampi strati di rivendicazioni particolari⁵⁵¹.

550Il fatto che i diritti astratti siano oggetti normativi strettamente parlando *non-hohfeldiani* non implica affatto che si debba rinunciare a una caratterizzazione hohfeldiana dei diritti specifici: sull'argomento vedi per esempio M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., pp. 41-43.

551Su questo tipo di impiego in ambito giuridico vedi G. Pino, *Diritti soggettivi*, op. cit., p. 9. Non entro nell'ambito della questione dei diritti astratti nel campo giuridico se non per dire che, per come funzionano i sistemi

La seconda definizione di diritti astratti è invece *dinamica e normativamente rilevante*. Ma prima di esaminare queste due caratteristiche è il caso di tornare e risolvere la questione dell'assolutezza dei diritti. Una caratteristica che può assumere la seconda definizione di diritti astratti – e che è necessaria nel nostro caso – è che essi possono essere visti come degli assoluti (2).

Si ricorderà il modello proposto in precedenza⁵⁵² che parlava di *due soglie* dei diritti. Si era detto che concepire i diritti come assoluti (2) significava vederli come oggetti normativi a due livelli, per quanto riguarda le possibilità che lo spazio morale da loro protetto possa essere penetrato: un primo livello che dà origine all'infrazione di un diritto, e un secondo la cui penetrazione equivale a una violazione. Questo modello non può applicarsi, come si era pensato ingenuamente, ai diritti specifici. Ma può essere adoperato con qualche revisione nei confronti dei diritti astratti.

Pensiamo infatti un diritto astratto come un'aspirazione normativa di carattere molto generale, che non è possibile tradurre immediatamente in qualcosa di concreto. Possiamo immaginarci due regioni formate da numerose declinazioni particolari di questa aspirazione generale, ognuna delimitata da una propria soglia e con un valore normativo diverso. La prima regione, la più interna, conterrà un'insieme di aspirazioni normative che per la loro importanza giustificano *sempre* la presenza di un dato diritto specifico. I confini di questa regione equivalgono alla soglia oltre la quale un diritto è violato, e si produce una colpa morale (V) e degli obblighi di riparazione (V) accompagnati a volte anche da sanzioni. Di là dei confini della prima regione se ne estende un'altra, dove si trovano aspirazioni che non possiedono più un carattere inderogabile, ma che non sono per questo indifferenti. Possiedono infatti un valore morale indubitabile, sebbene con un peso specifico non più assoluto, e ogni qualvolta ciò sia possibile danno luce a un diritto specifico – hohfeldiano – corrispondente. Quando ciò non accade il diritto è stato infranto in qualche modo: siamo di fronte cioè a una relazione normativa *analoga* a un diritto hohfeldiano, ma inerte dal punto di vista della produzione di elementi deontici corrispondenti. Questo *analogon* esprime comunque un «residuo normativo» che dà adito a una colpa morale (I) e qualche genere di obbligo di riparazione (I).

Le aspirazioni normative che fanno da base per i diritti specifici giustificati dalla prima regione sono assolute (1) e devono pertanto essere contingentate e ordinate affinché il diritto astratto che le contiene non sia intrinsecamente contraddittorio. La compossibilità di queste aspirazioni con quelle degli altri diritti astratti assicura poi che il sistema sia ordinato. È da notare che, dal momento che gli elementi della seconda tavola hohfeldiana non possono confliggere per le ragioni esposte in [4.1.2], tutte le immunità connesse con un diritto astratto si troveranno nella sua regione più interna. Queste inoltre, sempre per i motivi suddetti, dovranno essere sempre specificate e contingentate –

costituzionali, non mi sembra che i diritti astratti possano essere ridotti a semplici ammassi statici di elementi hohfeldiani.

⁵⁵²Nel paragrafo [5.2.4].

anche nei confronti delle regole secondarie che presiedono a oggetti normativi non hohfeldiani.

Le aspirazioni normative che invece compongono la seconda regione sono aspirazioni *prima facie*, nel senso in cui questa espressione è compatibile con l'idea di assoluto (2). Esse possono essere contingentate, e devono essere internamente compostibili: ma non devono esserlo necessariamente verso l'esterno – ovvero nei confronti di altre aspirazioni normative legate a diritti astratti o ad altre considerazioni morali – poiché questa caratteristica è ciò che le rende potenzialmente capaci di essere infrante.

In questo modo un insieme di diritti astratti può dare luce a un sistema di diritti specifici che, pur senza generare dilemmi morali, è in grado di ammettere la possibilità che alcune delle nostre aspirazioni morali legittime non trovino spazio, di rendere conto del residuo psicologico connesso con questo fatto, e di fornire una soluzione normativa al problema dell'infrazione basata sulla riparazione.

5.3.2 Le altre due soglie dei diritti

A partire da qui possiamo raffinare ulteriormente la descrizione dei diritti astratti. Alcuni autori, e mi riferisco in particolar modo ad Amartya Sen⁵⁵³ e Jeanne Hersch⁵⁵⁴, hanno tracciato una connessione tra diritti e *doveri imperfetti*⁵⁵⁵. Sen e Hersch si riferiscono in particolar modo ai diritti umani – e quindi al contenuto della *Dichiarazione* del 1948 – ma l'intuizione può essere applicata egualmente a ogni discorso sui diritti astratti, poiché i diritti umani contenuti nella *Dichiarazione* del 1948, di là di quella che può essere la discussione riguardo al tipo di normatività cui fanno riferimento (giuridica? Morale? *Soft law*?), forniscono un esempio⁵⁵⁶ del livello di generalità e ampiezza delle aspirazioni contenuto entro un diritto astratto. Partendo quindi da questo spunto possiamo pensare che i diritti astratti siano oggetti normativi più grandi rispetto all'insieme delle aspirazioni inderogabili e *prima facie* che sono in grado di determinare. Oltre alle due regioni più interne, possiamo infatti immaginarne altre due poste oltre la soglia che abbiamo descritto in precedenza.

La differenza principale che sussiste tra le due regioni interne e le due che mi accingo a descrivere è che soltanto le prime contengono aspirazioni che sono in grado di dare adito a diritti specifici di

553Vedi per esempio A. Sen, *Elements of a theory of human rights*, "Philosophy and Public Affairs" 32-4 (2004).

554J. Hersch, *L'exigence absolue de la liberté. Textes sur les droits humains*, MétisPresses, Geneve 2008. Su Hersch e la sua teoria filosofica dei diritti umani è molto utile F. de Vecchi, *La libertà incarnata. Filosofia, etica e diritti umani secondo Jeanne Hersch*, Bruno Mondadori, Milano 2008.

555Andando in questo modo contro una tradizione consolidata che partiva almeno da Pufendorf.

556Ciò che magari i diritti umani non forniscono è l'esempio di un insieme coerente di diritti astratti, poiché alcune delle rivendicazioni che contengono sono ridondanti o contraddittorie. Per una discussione su questo punto e una proposta di classificazione più rigorosa vedi J. Edwards, *Rights: foundations, contents, hierarchy*, "Res Publica" 12 (2006).

qualche sorta. Le altre due regioni esterne di un diritto astratto non correlano con alcun tipo di diritto specifico o diritto *prima facie*: ma non per questo sono moralmente inerti. Entrambe contengono infatti aspirazioni che, come quelle specificate dai doveri imperfetti, è comunque auspicabile che possano essere realizzate.

La prima regione racchiude tutte quelle aspirazioni che pur non potendo generare alcun diritto investono nondimeno un soggetto con un titolo morale di qualche genere. Questo titolo non può diventare un diritto poiché non è inserito in una relazione normativa binaria: il soggetto che è investito da questo genere di titoli si trova in una situazione in cui ha un bisogno normativo di qualche genere, ma non vi è nessuno in grado di soddisfare questo bisogno. Il soggetto titolato pertanto ha certamente un diritto astratto connesso al contenuto del proprio titolo, ma non ha il diritto specifico correlativo. E a differenza che per le aspirazioni della seconda regione, ciò non può dare neanche luce a colpe particolari di sorta, o a obblighi di riparazione, poiché non c'è nessuno che è *direttamente* responsabile di questa situazione. Ciò di cui dispone il soggetto in questi casi è un titolo che il proprio status normativo insoddisfacente sia riconosciuto, e che si cerchi di risolvere la questione al più presto possibile⁵⁵⁷.

L'atmosfera si fa ancora più rarefatta nella regione più esterna, che contiene aspirazioni sempre più lontane da una concreta realizzazione, ma che nondimeno possiedono lo stesso un certo valore morale. Nella regione precedente si è trattato di aspirazioni che non possono dare luce a diritti poiché manca l'altro polo della relazione binaria necessaria per creare, almeno potenzialmente, un diritto specifico o *prima facie*. Le aspirazioni di questa quarta sfera non solo difettano di un chiaro referente per gli elementi correlati, ma mancano anche delle condizioni di possibilità generali per essere realizzate a causa della scarsità di qualche ingrediente a loro necessario. Esse rappresentano quindi soltanto un'ideale: non si può dire che costituiscano un vero e proprio titolo che qualcuno può rivendicare, come nel caso precedente, ma esse in ogni caso rimangono uno scopo verso cui orientare la nostra traiettoria normativa, e una guida quindi per quella che è la costituzione e il rimodellamento di un sistema morale.

In precedenza ho accennato alla natura dinamica e al carattere normativamente rilevante dei diritti astratti. Adesso è possibile dire qualcosa di più a proposito⁵⁵⁸. I confini tra le varie regioni di un diritto astratti sono porosi. Questo permette alle aspirazioni di muoversi all'interno delle regioni

557Questa regione in pratica contiene pretese normative analoghe a quelle descritte da Feinberg col nome di diritti-manifesto – per i quali vedi il paragrafo [2.3.3].

558Sulla questione della natura dinamica dei diritti, che si era già accennata fugacemente nel paragrafo [2.3.3], sono utili J. Waldron, *The right to private property*, Clarendon Press, Oxford 1988, p. 85 e J. Raz, *The morality of freedom*, op. cit., p. 171, tenendo però presente che, come sostiene Kramer (vedi la precedente nota 58) non è necessario abbandonare del tutto uno schema hohfeldiano e l'idea di correlatività dalla nostra analisi dei diritti per abbracciare una concezione dei diritti astratti.

particolari di cui è formato un diritto astratto, in base a quello che è il mutare della situazione fattiva amministrata da un dato sistema normativo. Il rinvenimento di referenti per le aspirazioni della terza sfera può far slittare queste in una delle due sfere centrali, così come il mutare delle condizioni può spingere un'aspirazione della sfera più esterna nell'ambito di quelle che possono dare adito a diritti specifici. Il percorso inverso può purtroppo accadere nel caso si perdano referenti per le aspirazioni delle prime due sfere, e mutino anche le condizioni esterne.

Il carattere «normativamente rilevante» di un diritto astratto cui si accennava in precedenza fa riferimento al fatto che questi, oltre a fondare i vari diritti specifici e quindi la trama deontologica di un dato sistema normativo morale, possono anche essere visti come scopi all'interno dell'ambiente normativo di cui fanno parte – in particolar modo come orizzonti da inseguire per costituire nuovi diritti specifici che riteniamo auspicabili. Questo doppio carattere, deontologico e teleologico, sarà molto importante per la discussione del prossimo capitolo. Per ora basta prenderne atto come una differenza fondamentale rispetto all'altro modello generale di diritti astratti, quello dell'aggregato-massa di elementi hohfeldiani che si è scartato in precedenza, poiché incapace di rendere conto di alcune intuizioni e scelte normative che si sono riconosciute come fondamentali per definire i diritti morali. Questo carattere inoltre, assieme al precedente, permette di vedere i diritti astratti come oggetti normativi capaci di espandersi e, ahimè, in caso di situazioni critiche anche di contrarsi, sulla base di quella che è la loro relazione col mondo e con le altre parti di un sistema normativo.

6. *Diritti e teorie morali*

I capitoli precedenti hanno seguito due strade differenti. Da una parte l'obiettivo è stato quello di affrontare le obiezioni legate al discorso dei diritti. Dall'altra ho cercato, esaminando le varie proposte fornite dalla letteratura, di delineare un modello originale dei diritti. Nel *design* di questo modello, oltre ad aspetti di natura formale, ho indicato e difeso alcune scelte di natura *normativa*. Ma questo è sempre avvenuto da una prospettiva che definirei *interna*: una prospettiva, ovvero, basata su criteri di coerenza e potenza esplicativa che non teneva in conto, se non indirettamente, dei parametri generali riguardanti il ruolo e l'utilizzo del modello in una teoria morale di più ampio respiro. È arrivato adesso il momento di uscire da questa prospettiva interna e affrontare aspetti propri di una dimensione *esterna*: quegli aspetti connessi col ruolo che i diritti possono avere all'interno di una teoria morale complessa. In questo modo sarà possibile da un canto misurare lo spazio possibile dei diritti nell'ambito della morale, e dall'altro valutare la tenuta e l'utilità del modello proposto in un orizzonte normativo *concreto* e non più semplicemente presupposto.

Sono due gli aspetti principali che caratterizzano questa impresa. Il primo è quello del confronto tra diritti e altri oggetti normativi che possono assumere ruoli e funzioni simili nell'ambito di una teoria morale. Il secondo è quello del rapporto tra diritti e valori. Quali tipologie di rivendicazioni possono o devono essere rivestite dalla scorza protettiva di un diritto astratto, e perché? In che modo, e come mai una diversa importanza data alla nozione di diritti può modificare l'assetto generale dei valori di cui si fa portatrice una data teoria morale? Sono questi i due interrogativi di quest'ultimo capitolo.

La discussione si muoverà questa volta sul livello dei *diritti astratti*. È opportuno chiarire subito che parlando di diritti astratti non intendo riferirmi – se non indirettamente – a quel genere particolare di diritti che sono i *diritti umani*. Nella letteratura si possono incontrare a proposito due paradigmi. Una certa tradizione tende a identificare quelli che ho chiamato diritti astratti coi diritti umani. Un'altra vede invece nei diritti morali astratti la base, il fondamento o l'ispirazione per i cosiddetti diritti umani, senza per questo confondere le due categorie. È mia intenzione seguire quest'ultimo filone, per i seguenti motivi. Anzitutto, i diritti astratti sono – almeno a un livello pregiudiziale – neutrali, o meglio, *elastici*, riguardo all'identità del loro possibile titolare. L'universalità è una caratteristica formale che si applica a una determinata categoria: nel caso dei diritti umani questa è quella degli esseri umani, ma un valido modello di diritti astratti deve essere pensato in modo da avere un'ampia possibilità di implementazione ideale⁵⁵⁹. Secondariamente, la

⁵⁵⁹In ogni caso il mio discorso di questo capitolo sarà limitato a quel genere di diritti astratti che coinvolgono tutti gli esseri umani. Non è possibile infatti affrontare in questa sede il problema del soggetto – o meglio, dei *soggetti* – di

funzione normativa di un diritto umano è tale da richiedere che il proprio contenuto sia promosso da parte di istituzioni politiche, legislative e amministrative. Questa funzione esula dai confini della discussione prettamente morale riguardo ai diritti astratti, poiché impegna in un'analisi politica e legale circa i mezzi e le istituzioni più adatte per promuovere il rispetto dei diritti. Per questi motivi ritengo quindi che, nonostante sia legittimo e giustificato identificare in alcuni diritti morali astratti la ragione etica alla base delle aspirazioni rivendicate dai diritti umani, sia utile tenere separati i due concetti, poiché esprimono funzionalità, domini di valore e pratiche normative in alcuni casi del tutto autonomi.

diritti oltre questo contesto generale.

6.1 Il quadro del confronto

Il metodo con cui procederò in questo capitolo sarà principalmente quello del *confronto* tra tipologie di teorie morali. E un metodo comparativo di questo tipo richiede che si stabiliscano preliminarmente alcuni punti fermi. In particolar modo mi soffermerò a descrivere:

- (i). La particolare regione della morale cui fanno riferimento le teorie prese in esame (la morale in senso stretto).
- (ii). Il contesto normativo generale di sfondo.
- (iii). I criteri di valutazione per il confronto.

Tutti e tre questi temi sono già stati introdotti e sviluppati parzialmente nei precedenti capitoli. Si tratterà quindi soltanto di raccogliere quanto già detto, integrarlo con nuovi elementi e da qui costruire un discorso sistematico.

6.1.1 Il luogo del confronto: la morale in senso stretto

Nel primo capitolo⁵⁶⁰ avevo distinto tra morale in senso stretto e morale in senso lato, indicando nella prima quel genere di indagine volto ad assicurare gli obiettivi pressanti della limitazione del conflitto e della promozione della cooperazione, e nella seconda la ricerca di un ideale di vita buona per il soggetto. Nel quarto capitolo⁵⁶¹ ero ritornato sulla distinzione per ribadire il carattere urgente e necessario della morale in senso stretto, e per mostrare la intrinseca irriducibilità di questa regione dell'etica a modelli di normatività esclusivamente prudenziali. Nel paragrafo introduttivo al capitolo [5] avevo poi definito uno dei caratteri auspicabili di una morale in senso stretto efficiente: la sua ordinabilità – almeno di massima – e avevo sostenuto che l'habitat naturale dei diritti risieda in questa regione della morale, piuttosto che nella morale in senso lato⁵⁶². In questo paragrafo completerò e sistematizzerò queste discussioni aperte in precedenza.

Partiamo dall'urgenza della morale in senso stretto. È vero che le questioni poste dalla morale in senso lato sono *direttamente* più pressanti rispetto a quelle della morale in senso stretto, poiché coinvolgono la definizione della vita buona, felice e auspicabile. Queste però sono faccende che *possono* riguardare anche il soggetto preso in astratto – ovvero posto fuori da un quadro relazionale e intersoggettivo. Chiaramente è difficile pensare che in situazioni normali le questioni poste dalla morale in senso lato non vadano a toccare anche il rapporto con le altre persone: ma esse si

560Nel paragrafo [1.1.4].

561Nei paragrafi [4.2.4] e [4.2.5].

562Cosa di cui avevo già accennato nel paragrafo [3.4.7].

riproporrebbero intatte, impoverite ma comunque attuali, anche per un ipotetico Robinson Crusoe che facesse naufragio su un'isola deserta. Le questioni poste dalla morale in senso stretto invece si danno esclusivamente considerando l'individuo nella sua reale esistenza *sociale*.

Sono le stesse caratteristiche della morale in senso lato che ci guidano verso la comprensione della necessità e urgenza della morale in senso stretto. Non possiamo aspettarci, infatti, che esista una armonia prestabilita tra gli interessi personali portati avanti dai vari individui impegnati nella ricerca della propria vita buona. E questo perché non esiste un unico modello di vita buona. Anche nell'improbabile caso che fosse possibile disegnarne uno, bisognerebbe tenere in conto che le persone si distinguono non soltanto a partire dalle loro inclinazioni, caratteri e talenti impersonali, e dagli interessi che da qui si dipanano. Ogni individuo possiede una possibilità di accesso diversa alle risorse disponibili, e questa possibilità è spesso frutto della contingenza. Inoltre, ogni individuo possiede una capacità diversa di adoperare queste risorse. Non è inoltre ragionevole pensare che le risorse siano tanto abbondanti da non causare attriti nella loro ricerca. Ammesso quindi sia possibile costruire un modello minimo e comune di morale in senso lato, si riproporrebbe comunque intatta la necessità di fornire una morale di matrice pubblica e sociale in grado di assicurare la coordinazione e la cooperazione tra gli agenti.

Definisco la morale in senso stretto come «pubblica» e «sociale» per due motivi. Il primo è che l'unico terreno su cui può essere coltivata è quello dell'intersoggettività. A differenza della morale in senso lato, non può darsi alcuna morale in senso stretto su un'isola deserta abitata da un unico naufrago. Fuori della società c'è dio o l'animale, come ricorda Aristotele: non vi è esigenza di cooperazione, non si danno problemi di coordinazione o di conflitto parziale, non c'è necessità di armonizzare i diversi interessi, la scarsità è un problema strutturale e non legato al problema dell'allocazione equa delle risorse.

Il secondo motivo per cui ho definito la morale in senso stretto un'etica pubblica o sociale è il suo dipendere da forme di razionalità comuni. Senza una qualche *razionalità condivisa* – non importa se dipendente da una coordinazione cosciente, o se frutto di meccanismi inconsaputi di reazione e risposta come nel famoso esempio dei vogatori formulato da Hume⁵⁶³ – non è possibile che il processo di ordinamento attraverso cui una morale in senso stretto è «inventata» decolli. *Pace* Putnam, l'idea di «invenzione» in morale non indica necessariamente una qualche forma di solipsismo o di idealismo⁵⁶⁴, proprio a causa di questa razionalità. Essa può manifestarsi con estensioni piuttosto differenti. Può essere ridotta ai minimi termini – come avviene per esempio nell'idea di «patto» proposta da Hobbes – e contrarsi immediatamente fino a scomparire dopo aver

563D. Hume, *A treatise of human nature*, in *The philosophical works*, op. cit., vol. I, III.2.ii.

564Vedi la discussione nel precedente paragrafo [4.2.4].

svolto la sua funzione di innesco, oppure può essere diffusa, permanente e pervasiva come nell'idea di *public reasoning* proposta da Amartya Sen⁵⁶⁵, la quale è sostanzialmente riconducibile ai meccanismi della democrazia.

Questo genere di considerazioni mostra il motivo per cui i diritti sono oggetti normativi che si ritrovano esclusivamente nella morale in senso stretto: tutte le rivendicazioni contenute in un diritto, infatti, o sono già direzionate, oppure aspirano a diventare tali. Ciò che è assume un ruolo centrale in un diritto, inoltre, non è la validità o no di un atto preso in se stesso, ma questa validità misurata nei confronti della possibilità di fare un torto a un *altro*. L'unica ragione perché si diano diritti si trova sul piano intersoggettivo, ed è quella di regolare il rapporto tra individui che si considerano tra loro uguali, senza per questo che ogni distanza tra loro sia annullata come avviene in rapporti eticamente più spessi.

In quanto etica sociale e pubblica, inoltre, la morale in senso stretto può essere vista come prerequisito della morale in senso lato. Senza di essa, infatti, non è ragionevole pensare che sia possibile perseguire il programma di fioritura connesso con la ricerca della vita buona. Direttamente, quindi, la funzione della morale in senso stretto è quella di evitare il conflitto e promuovere la cooperazione, ma *indirettamente il suo scopo è quello di garantire che i soggetti possano perseguire la loro ricerca della vita buona*. Nonostante questo mutuo rapporto⁵⁶⁶, i due domini sono comunque distinti: anzi, è auspicabile che rimangano distinti.

Le caratteristiche di una morale in senso stretto possono infatti influenzare il genere di morali in senso lato perseguibili, in due maniere. La prima attraverso un limite diretto: certi generi di vita saranno semplicemente impossibili poiché violeranno le prescrizioni. La seconda per mezzo di limiti indiretti: rendendo difficili da perseguire determinati genere di ideali di vita buona. Per questo motivo la questione di quanto debba essere «leggera» una soddisfacente morale in senso stretto è sempre problematica. Tradizionalmente, le dottrine di matrice libertaria hanno, per esempio, proposto morali in senso stretto molto leggere – basate cioè su pochi precetti fondamentali tendenti a rendere il più possibile equa la distribuzione della sola libertà negativa. Un teoria del genere è quella di Nozick. Secondo l'idea del suo autore essa può dare luce alla migliore «cornice per utopia», a un contesto ovvero dove sia possibile far fiorire il numero maggiore di diversi ideali di

⁵⁶⁵Il suo *The idea of justice*, op. cit., si sofferma ampiamente su questo concetto.

⁵⁶⁶Morale in senso stretto e in senso lato possono essere collegate anche in un altro modo. Come ho notato in precedenza (nel paragrafo [4.2.6]) una buona morale in senso lato prescriverà con ogni probabilità anche la partecipazione alla razionalità intersoggettiva della morale in senso lato. Esistono certamente modelli di morale in senso lato – penso a quello epicureo o stoico, per esempio – che predicano l'allontanamento dalle questioni più calde e problematiche della morale in senso stretto. Di là di quello che potrebbe essere un giudizio sulla peculiare fortuna storica di queste proposte, legate spesso a epoche e situazioni particolari, c'è da dire che esse, sebbene possano costituire regole di vita soddisfacenti, non possono essere universalizzate. Il disinteresse universale nei confronti delle problematiche connesse con la morale in senso stretto si tradurrebbe nella scomparsa di ogni possibilità di coordinazione, cooperazione e di freni alla competizione.

vita buona⁵⁶⁷. Se questo è vero dal punto di vista del primo genere di limite, non lo è per quanto riguarda il secondo. Un gran numero di progetti di vita saranno infatti sì possibili, ma comunque *inefficienti* nella cornice libertaria progettata da Nozick, limitando così la gamma di fioriture concretamente possibili. Allo stesso tempo, però, una morale in senso stretto pesante proporrà un'eticità sempre più spessa a mano a mano che aumenti le proprie prescrizioni: fino al caso spesso teorizzato dalla letteratura utopista in cui la tela normativa della morale in senso stretto coincide con la proposta di un unico modello di vita buona.

Come è stato efficacemente discusso⁵⁶⁸, la morale in senso stretto, pur essendo una etica pubblica e sociale, non è da confondersi con il diritto o l'ambito legislativo in senso stretto. È del tutto ragionevole che la parte della moralità degna di essere normata giuridicamente non riguardi la morale in senso lato. Ma questo non significa che a sua volta coincida con la morale in senso stretto. Da un punto di vista generale, le due normatività fanno uso di categorie – dovrebbe essere chiaro arrivati a questo punto – che non essendo identiche, non possono neanche essere tradotte senza mediazioni. Secondariamente, vi sono delle parti della moralità in senso stretto che non ha senso siano specificate, sistematizzate e protette dalla normatività giuridica. L'esempio più banale è quello del rispetto delle promesse. Ma ci sono molti altri casi⁵⁶⁹: tanti rapporti intersoggettivi sono moralmente importanti senza che ci sia la necessità di normarli giuridicamente – processo questo che, è bene ricordarlo, richiede risorse e istituzioni. Infine, un posto importante nella morale in senso stretto è occupato da disposizioni, virtù civili e altri strumenti morali non direttamente normativi che non hanno un equivalente nella dimensione giuridica. Per tutti questi motivi non c'è ragione di ritenere quest'ambito della morale come un mero surrogato o doppione di un ambito più propriamente giudiziario.

6.1.2 La cornice normativa

Nel capitolo [4] ho esposto a grandi linee il quadro teorico dell'idea di morale cui faccio riferimento. Non ritornerò sulla questione, ma cercherò di trarre alcune implicazioni di quelle pagine che risultano importanti per gli sviluppi di questo capitolo.

A monte dell'idea di morale in senso stretto vi è l'assunzione che sia necessaria un qualche genere di *guida* per le azioni affinché si produca uno stato di cose che, sebbene possa a volte essere definito «naturale», non è certamente spontaneo, ovvero ottenibile senza l'intervento del sistema normativo stesso. Definisco genericamente «guida» questo intervento, perché nella storia delle

567Vedi R. Nozick, *Anarchy, state, and utopia*, op. cit., parte III.

568Da Susumu Morimura nel suo *Social morality and right-based morality*, in W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times*, op. cit.

569Alcuni esempi interessanti sono raccolti nel già citato J. Feinberg, *In defense of moral rights: their bare existence*, in *Freedom and fulfillment*, op. cit., pp. 210-2.

teorie morali esso ha assunto diverse sfumature: dalla semplice descrizione di quei fini o stati di cose che è razionale per gli uomini cercare di raggiungere attraverso imperativi pratici, al più forte quadro di una serie di imperativi inderogabili per l'azione. Ciò che c'è di comune in tutti questi tentativi è l'idea che sussista uno stato di cose posto oltre la spontaneità dell'agire privo di una guida da cui gli agenti non possano prescindere, e che la realizzazione di questo stato di cose non dipenda da una necessità di tipo fisico, bensì pratico⁵⁷⁰. Ciò che è diverso da un sistema normativo all'altro è il modo in cui sono giustificate e descritte la razionalità dello stato di cose raggiungibile attraverso il processo normativo, e la natura delle prescrizioni che questo coinvolge. Di volta in volta, per esempio, la razionalità del sistema normativo è stata giustificata facendo riferimento al comando divino, a valori oggettivi esterni agli agenti a un qualche ordine naturale che è necessario raggiungere, agli esiti di quella che è la nostra dotazione morale – naturale o no – oppure al semplice calcolo prudenziale di come si comporterebbero esseri con una certa fisionomia posti in una data condizione. Allo stesso tempo, il carattere e la forza delle prescrizioni implicate nell'idea di questo ordinamento è stato descritto con gradazioni assai diverse tra loro: dalla tesi platonica per cui l'idea di bene è intrinsecamente e irresistibilmente prescrittiva – per cui è impossibile fare il male se si conosce il bene – fino a prospettive che diluiscono il carattere prescrittivo nel semplice sentimento o addirittura nel desiderio dell'agente.

È possibile costruire discorsi sui diritti all'interno di ogni genere di sistema normativo – e infatti così è stato. Alla luce, però, della precedente adesione a un quadro metaetico anti-realista è evidente che alcune di queste opzioni ci sono precluse. Non sarà possibile, per esempio, fare riferimento a valori completamente esterni agli agenti, dotati di una loro intrinseca prescrittività.

Oltre a questo rifiuto di un'idea di prescrittività intrinseca degli oggetti normativi, sarà necessario anche porsi in maniera critica di fronte a un essenzialismo «forte». Buona parte delle teorie dei diritti si basa su un'idea di natura come sistema ordinato di essenze conformate a perseguire determinati scopi e fini. L'idea di una legge naturale – e conseguentemente di diritti naturali – strutturati in riferimento a questo genere di descrizione della natura è cominciata con la scolastica e non si è mai spenta. Si ritrova a oggi oltre che nella dottrina morale della chiesa cattolica anche in alcune tradizioni filosofico-morali⁵⁷¹. Sotto certi aspetti l'idea di legge naturale può essere rubricata come una versione peculiare del realismo etico⁵⁷² e pertanto ricade nella critica di questo, ma un simile modo di procedere non rende giustizia a questa variegata tradizione normativa.

Ma questo non significa che sia possibile ritenerla, in ogni caso, una alternativa solida al quadro

570 Sulla fondamentale differenza tra questi due generi di necessità vedi il paragrafo [4.1.2].

571 Per citare soltanto uno degli esempi più recenti, vedi E. Mazzarella, *I diritti umani come diritti naturali*, in L. Amoroso, A. Ferrarin, C. La Rocca (a cura di), *Critica della ragione e forme dell'esperienza. Studi in onore di Massimo Barale*, ETS, Pisa 2011, pp. 501-522.

572 Su questo aspetto, vedi J.L. Mackie, *Ethics*, p. 233.

generale che ho presentato. Uno dei caratteri essenziali della teoria di derivazione tomista della legge naturale – cui neanche le declinazioni moderne possono sottrarsi – è per l'appunto l'idea di una natura popolata da essenze e da scopi intrinseci, impregnata da una razionalità che è soprattutto, se non esclusivamente, un *ordinamento finale costitutivo*. Dopo Darwin costruire una difesa coerente di questo orizzonte è diventato davvero difficile. Non solo perché la connessione tra natura e divino che garantiva l'ordinamento e la razionalità del quadro naturale non ha più il credito che aveva in precedenza. Questa connessione era importante ma non necessaria: ciò che c'era invece di imprescindibile era l'idea di una «rotaia teleologica» tra forma e funzione che permetteva di leggere nella natura una normatività, attraverso il saldo legame tra le varie essenze discrete e ordinate e le funzioni che ne determinavano la natura. L'idea di un dio poneva dietro a questa connessione un autore di qualche genere – ma questa causa *ulteriore* non era necessaria per sorreggere l'intero orizzonte, non di più di quanto lo sia l'idea di una causa di dio all'idea di dio.

Fatto sta che i colori di questa tavolozza non sono più quelli con cui dipingiamo il quadro della natura. Per quanto possano essere più o meno forti le nostre posizioni riguardo all'idea di specie⁵⁷³, non possiamo più riappropriarci del paradigma essenzialista così come esso era formulato prima di Darwin. E per quanto possa essere più o meno forte il nostro adattazionismo⁵⁷⁴, non possiamo più spingere il concetto di funzione naturale fino a eliminare ogni accidentalità da esso. Il caso potrà anche disturbarci, nondimeno esso è entrato prepotentemente nel nostro quadro della natura, scompaginando l'ordine e quella razionalità assoluta che sono necessarie per difendere l'impostazione di derivazione tomista della legge naturale.

Se vogliamo quindi fare riferimento alla naturalità come indicatore di elementi normativi dobbiamo stare ben attenti a come leggere il riferimento alla natura, concependolo all'interno delle coordinate post-aristoteliche e soprattutto post-scolastiche della moderna biologia evolutiva, ed evitando di ipostatizzare ogni eventuale richiamo a caratteristiche formali e finali. Gli scopi e i fini presenti in quella che continuiamo nonostante tutto a chiamare «natura umana» vanno considerati come degli ideali, astratti e generali, che possiamo maneggiare esclusivamente alla stregua di principi regolativi, e non costitutivi, per adoperare una coppia terminologica kantiana particolarmente potente. Oltre questo limite precauzionale la nostra indagine non potrà spingersi.

573Un riferimento di base sull'argomento potrebbe essere E. Mayr, *One long argument. Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991, cap. III.

574Esistono diversi paradigmi riguardo all'adattamento nella moderna biologia evolutiva, spesso in aperto – e infuocato – contrasto sul modo di risolvere il nodo del rapporto tra forma, funzione ed evoluzione. Una presentazione equilibrata del problema è contenuta in T. Pievani, *Introduzione alla filosofia della biologia*, Laterza, Bari 2005, cap. V.

6.1.3 I criteri della ricerca

Dai due punti precedenti è possibile estrapolare alcuni criteri generali di *efficienza* per giudicare la qualità delle varie teorie morali. È da notare che è possibile isolare e impiegare questo genere di criteri *solo all'interno della cornice anti-realista* che ho proposto in precedenza. La concezione realista di normatività morale, infatti, non prevede alcuno spazio, se non marginale e in ogni caso di importanza indiretta, per l'idea che la morale persegua una funzione. Secondo queste teorie la morale è qualcosa di rivelato o di scoperto, e come un regalo dobbiamo accettarlo anche se non ci piace⁵⁷⁵.

Quali potrebbero essere però questi criteri di efficienza? Durante i capitoli precedenti ho accennato a una serie di requisiti che, partendo da quelli che sono i caratteri funzionali di una morale in senso stretto, dovrebbero essere tenuti in considerazione nella valutazione di un modello normativo. Raccolti assieme e sintetizzati questi requisiti possono essere riassunti così:

- (i). Una morale in senso lato deve fornire criteri per l'azione che siano possibili da perseguire per creature finite.
- (ii). Deve fornire all'agente criteri per l'azione chiari e reiterabili.
- (iii). Deve evitare di fornire criteri inconsistenti per l'azione: il sistema normativo dovrà perseguire come fine quello di essere ordinato.
- (iv). Deve fornire criteri per l'azione che siano il più possibile appetibile per gli agenti. Dal momento che le sue norme non saranno intrinsecamente motivanti – ovvero intrinsecamente prescrittive – il sistema normativo dovrà perseguire come fine quello di essere interessante per gli agenti.

Partendo da qui è possibile stabilire i criteri di efficienza per valutare una morale in senso stretto. Il requisito (i) è alla base del criterio della *praticabilità* attraverso cui è possibile giudicare una data teoria morale. Esso può essere riassunto in una triplice valutazione: su quanto siano percorribili le *norme* del sistema, quanto vicine da un punto di vista alla razionalità umana le sue *ragioni*, quanto affini al carattere umano i suoi *motivi*.

Questo requisito inoltre, assieme a (ii) sostiene anche un altro criterio: l'*eleganza*. Una teoria

⁵⁷⁵Ovviamente sono piuttosto rare le morali realiste contrarie alle nostre intuizioni di base, o addirittura impraticabili.

Ma questo mostra semplicemente il modo di procedere capovolto del ragionamento realista – che, per mettere la questione in termini spicci, dal dover essere procede all'essere, e non viceversa. Del resto, in ambito realista anche quando si cerca di giustificare la razionalità di un dato sistema morale mostrandone una qualche funzionalità, ciò avviene sempre *a posteriori* del dato prescrittivo di cui si sta parlando, secondo una formula per cui prima viene la forma, e solo successivamente lo scopo: e la funzione dei nasi, in questa maniera, finisce spesso per diventare quella di sorreggere gli occhiali.

semplice con pochi principi base è preferibile – a parità di potenza esplicativa – a una con più principi, per il semplice fatto che è più economica e quindi semplice.

La coppia dei criteri (i) e (ii) inoltre ci spinge verso un altro criterio: quello della *capacità*. Per i motivi pratici espressi da questi due requisiti è bene infatti prediligere teorie che tendano a quel conservatorismo moderato di cui si era già parlato nel capitolo [3]. Non è realistico aspettarci una teoria puramente descrittiva che prenda in massa le nostre intuizioni oppure i nostri usi e costumi attuali e li trasferisca senza soluzione di continuità sul piano normativo. Ma allo stesso tempo una teoria eccessivamente revisionista corre il rischio di porre i suoi standard su un punto troppo elevato, o di semplificare la realtà producendo una teoria impoverita.

Il requisito (iii) spinge invece ad accettare quei criteri di *coerenza*, *completezza* e *ordinabilità* su cui mi sono soffermato a lungo nei capitoli [4] e [5], e che non sto qui a ridefinire o a mostrarne nuovamente l'importanza – per quanto riguarda, è bene ricordarlo, la morale in senso stretto e non la morale in generale.

L'ultimo requisito (iv), infine, spinge ad adoperare l'*appetibilità* di una teoria morale come un metro comparativo cruciale⁵⁷⁶. L'idea alla base di questo criterio è che, essendo la morale un'impresa umana, non possiamo aspettarci che le sue norme siano seguite per il semplice fatto di essere norme: le ragioni a monte dovranno quindi essere abbastanza razionali da fornire motivazioni per gli agenti ad aderirvi.

⁵⁷⁶Vi avevo accennato nel paragrafo [4.2.4].

6.2 Oggetti normativi e teorie morali

L'oggetto di questa serie di paragrafi è il ruolo basilare che alcune categorie di oggetti normativi possono avere all'interno di una teoria morale. Ma è possibile condurre una ricerca sull'argomento anche prima di aver fornito una teoria sostantivata riguardo a ciò che è moralmente giusto e buono? Alcuni autori hanno espresso un certo scetticismo a riguardo, sostenendo che la struttura complessiva di un oggetto normativo dipende, in ultima istanza, dalla teoria sostantivata che decidiamo di adottare⁵⁷⁷. Ci sono spunti corretti in questa tesi, ma allo stesso tempo essa non può essere portata oltre un certo punto. Chiaramente il genere di valori che decidiamo di accogliere nella nostra teoria normativa sarà decisivo per descriverne i caratteri, ma allo stesso non si può cedere all'illusione che il contenitore sia interamente determinato a partire dal contenuto. Il genere di oggetti normativi presenti in un dato sistema, e la gerarchia che tra questi è stabilità, è già di per sé un modo per prendere delle decisioni sostantivate. E per questo motivo, pur con un certo grado di astrazione, è possibile parlare del rapporto tra doveri, scopi, diritti, virtù, ecc. all'interno di una data teoria normativa anche senza precisare in dettaglio quale sarà il contenuto di questi oggetti normativi.

6.2.1 Teorie morali basate su un genere di oggetto normativo particolare

La questione di come una teoria possa impiegare un dato genere di oggetti normativi può essere ricondotta a quella della *importanza* del genere stesso all'interno della teoria. Questa importanza può essere misurata osservando le relazioni che il genere in questione intrattiene con gli altri generi di oggetti normativi accolti dalla teoria – sempre che questa formi un insieme coordinato di norme e ragioni, e non sia una accozzaglia di prescrizioni deontiche. In questo modo si possono distinguere quattro diversi gradi di importanza che un oggetto normativo può avere.

- (i). *Superfluo*. Questo genere di oggetti normativi non è impiegato dalla teoria, poiché le sue funzioni peculiari non sono necessarie all'interno del sistema normativo che da essa deriva.
- (ii). *Riducibile*. Questo genere di oggetti normativi è impiegato dalla teoria ma può sempre essere ridotto a qualcosa di necessario o di basilico. Questi oggetti, in pratica, rappresentano soltanto un'etichetta di comodo attraverso la quale radunare una serie di funzionalità normative svolte da altre categorie di oggetti.
- (iii). *Necessario*. Questo genere di oggetti normativi è impiegato dalla teoria e possiede funzioni originali e irriducibili. La sua importanza relativa può comunque essere subordinata ad altre categorie di oggetti normativi necessarie o basiliche.

⁵⁷⁷Uno di questi per esempio è J. Griffin, *On Human rights*, Oxford University Press, Oxford 2008.

- (iv). *Basico*. Questo genere di oggetti normativi è impiegato dalla teoria e possiede funzioni originali e irriducibili. Esso ha un'importanza primaria e costituisce l'orizzonte verso cui è proiettata la teoria morale: le sue funzioni sono le funzioni centrali e più importanti attraverso cui è costituito l'impianto generale del sistema normativo.

John Leslie Mackie pensava che fosse attraverso quel senso generale di ispirazione dell'intero impianto normativo dato dalla scelta di una categoria particolare di oggetti normativi come *basica* che si potesse descrivere il *carattere fondamentale di una teoria normativa*⁵⁷⁸. Questo non può essere definito infatti cercando di mostrare che una sola categoria di oggetti normativi è in grado di essere impiegata come primitiva per dedurre tutte le altre. Una teoria di questo tipo, anche se riuscisse nella difficile impresa di raggiungere una forma coerente, sarebbe necessariamente troppo semplicistica. Anche nel limitato ambito della morale in senso stretto, una teoria morale non è soltanto un tracciato di norme: deve offrire ragioni, sviluppare argomentazioni positive riguardo ai valori, fornire una guida per quel genere di norme che non sono strettamente necessarie ma che dipendono invece dalla natura, dal carattere e dalla relatività posizionale del soggetto, fornire motivi per seguire le prescrizioni, e definire le disposizioni e le virtù più adatte per rendere il tutto efficiente.

Adesso, quali generi di oggetti normativi possono candidarsi come *basici*? Sembra sia possibile scartare immediatamente alcune categorie ben precise, perché strutturalmente inadatte a ispirare una morale in senso stretto. È il caso, per esempio, degli *oggetti normativi supererogatori*. Si tratta queste di categorie importanti – forse anche necessarie – per una teoria morale, ma che non possono essere considerate *basiche* – poiché non sono né in grado di avere un alto valore lessicale, né di strutturare un impianto normativo nella sua base. Allo stesso modo termini normativi importanti come *diposizione*, *carattere*, *giudizio* e *sympathy* sembrano possedere una dimensione troppo soggettiva e personale per occupare un posto basilare nel campo intersoggettivo della morale in senso stretto – sebbene come si è visto nel paragrafo [6.1.1] una buona teoria dovrebbe tenerli comunque in considerazione.

Un medesimo discorso può essere fatto a proposito delle *virtù*. Esistono chiaramente delle etiche basate sulla nozione di virtù, ma l'ideale di eccellenza o di potenza implicato dalla nozione di virtù non può fare pensare che questo genere di oggetti normativi possa essere adoperato come base per costituire una normatività in senso stretto. Ci sono almeno tre ragioni a proposito. La prima è più basilare è che il concetto di virtù dà per scontato che vi sia una diversità negli uomini riguardo alla capacità di far fruttare le proprie disposizioni. E ammesso che vi possa essere una disposizione

⁵⁷⁸Vedi J.L. Mackie, *Can there be a right based moral theory?*, in *Persons and values*, op. cit., pp. 118-9.

verso la risoluzione dei problemi posti dalla morale in senso stretto, questa andrebbe comunque coltivata. Gli uomini, come ricorda Spinoza nel *Tractatus theologico-politicus*, non nascono tutti naturalmente determinati dalle regole della razionalità, il tempo che necessitano per fare proprie queste regole è diverso, e non è pure detto che tutti loro siano in grado di portare questa capacità al grado richiesto: pure, nel frattempo necessitano comunque di essere governati. Secondariamente l'ideale di virtù punta a definire un contesto teleologico mirato verso l'eccellenza o *arete* – che è prima di tutto un concetto individuale – non per quanto riguarda il suo riconoscimento, ovviamente, ma per il suo possesso. Ma una morale in senso stretto non richiede l'eccellenza per funzionare – richiede più limitatamente un'adesione basilare a precetti pratici in grado di essere raggiunti e padroneggiati da tutti i membri della società. La nozione di virtù è inoltre troppo indeterminata dal punto di vista normativo per fornire un criterio prossimo alla puntualità e all'esattezza, così come richiesto dalla morale in senso stretto⁵⁷⁹. Per questi motivi la nozione di virtù comporrà sicuramente un pezzo importante – e forse anche basilare – della morale in senso lato, ma non può essere vista come il centro ispiratore di una morale in senso stretto.

Un ragionamento analogo può essere portato avanti per la nozione di *cura*. E non tanto perché essa secondo alcuni autori⁵⁸⁰ può essere ricondotta al classico contesto delle etiche della virtù, ma per il semplice fatto che manca di quei caratteri decisivi per costruire una morale in senso stretto efficiente, che deve prodursi anche in assenza di quei caratteri adesivi e altruistici connessi con la nozione di cura.

6.2.2 Oggetti normativi potenzialmente basilari

Sembrerebbe quindi possibile restringere il cerchio ai tre generi di oggetti normativi che Ronald Dworkin aveva individuato nel suo *Taking rights seriously* come potenzialmente basilari⁵⁸¹: doveri, scopi e diritti. Vediamo quindi di definire meglio queste tre categorie seguendo anzitutto le definizioni di Dworkin.

Uno scopo è definito dal filosofo statunitense come uno stato di cose per cui ogni atto che promuova questo dato stato di cose è considerato favorevolmente, mentre ogni atto contrario alla sua promozione è visto in luce negativa. Un dovere è definito invece come un modo di agire cui il soggetto è vincolato anche a dispetto del fatto che l'atto in questione possa non avere alcun scopo riconosciuto. Un diritto, infine, è definito come una pretesa a un tipo particolare di atto per cui, il fallimento di provvedere a questo genere di atto quando esso è rivendicato è ingiustificato, e questo

⁵⁷⁹Su questo carattere moralmente indeterminato della nozione di virtù rimando ad A. Gewirth, *Rights and virtues*, "The Review of Metaphysics" 38 (1985).

⁵⁸⁰A riguardo vedi M. Galletti, *La cura tra gli esseri umani e le virtù*, in B. de Mori e P. Zecchinato (a cura di), *Lo specchio e l'altro. La cura nel rapporto uomo-animale*, Mimesis, Milano-Udine 2008.

⁵⁸¹R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit., pp. 168-77.

anche quando l'atto preteso va contro uno scopo⁵⁸².

Le definizioni di Dworkin permettono di stabilire tre funzionalità originali associate a ognuno dei generi di oggetti normativi presi in esame. La funzione degli scopi è quella di fissare determinati stati di affari che è desiderabile raggiungere. La funzione dei doveri è quella di indicare azioni che vanno perseguite a dispetto delle loro conseguenze. La funzione dei diritti è quella di garantire che gli agenti possano agire o ricevere determinati beni anche a dispetto dei modelli fissati dagli scopi.

Queste definizioni sono un ottimo punto di partenza, ma hanno dei difetti. Quello più grande è che esse sono schiacciate sulla nozione di scopo. Diritti e doveri, infatti, sono definiti in relazione al rapporto che intercorre tra determinate caratteristiche delle azioni e gli scopi generali posta da una teoria. Si tratta di uno sguardo piuttosto unilaterale, che non si sofferma su quali potrebbero essere le funzionalità complessive di queste due categorie morali anche di là del loro rapporto con gli scopi. Non è poi neanche detto che la caratteristica necessaria e sufficiente di un dovere o di un diritto abbia a che fare con la loro relazione con gli scopi. L'eccessiva semplicità di questo modello emerge con chiarezza, inoltre, quando notiamo che le definizioni proposte da Dworkin sono pensate a partire dall'idea di contratto – e in particolar modo del contratto così come esso è definito da John Rawls in *A theory of justice*. Per valutare queste tre categorie di oggetti normativi è necessaria pertanto una discussione più ampia e meno influenzata da punti di vista particolari delle loro funzionalità.

⁵⁸²È da notare che il dominio degli scopi è definito tramite un'estensione più circoscritta di quella che potrebbe avere, poiché essa non include lo scopo di rispettare i doveri e quello di rispettare i diritti. Adoperando questa definizione estesa, infatti, verrebbe meno ogni originalità particolare della stessa definizione di scopo e pertanto una sua capacità esplicativa.

6.3 Diritti, doveri, scopi

Si è visto che le definizioni date da Dworkin di scopi, doveri e diritti sono insoddisfacenti per due motivi: dipendono eccessivamente da un'interpretazione particolare della teoria rawlsiana e sono funzione di un ragionamento schiacciato sul rapporto con gli scopi. Dworkin in fin dei conti costruisce queste definizioni in modo che conducano dritto alla sua tesi dei diritti come «briscole». Il ragionamento sui diritti astratti che vorrei proporre – così come quello riguardo ai doveri e agli scopi – dovrà possedere un respiro più ampio.

Per questo motivo riprenderò dapprima in mano la descrizione dei diritti astratti che ho delineato nella serie di paragrafi [5.3]. L'obiettivo è quello di costruire su quella impalcatura un modello che possa impostare la discussione e la comparazione delle tre categorie normative.

6.3.1 Un modello polifunzionale per i diritti astratti

La funzione principale per quanto riguarda la produzione di oggetti normativi subordinati – i diritti specifici – è, secondo quanto ho scritto nella serie paragrafi [5.3], quella di fornire, a partire da un valore generale e «astratto», giustificazioni e titoli che permettano al soggetto di muoversi all'interno di uno spazio normativo dove sono presenti altri soggetti. Le giustificazioni e i titoli che è possibile produrre partendo da un diritto astratto possono essere il frutto delle rivendicazioni contenute in quattro «regioni». La prima è composta da rivendicazioni che equivalgono a diritti specifici assoluti (1) contingentati: diritti irrinunciabili e non negoziabili. La seconda è formata da rivendicazioni che si traducono in diritti *prima facie*: giustificazioni che sono sì legittime, ma che possono essere sempre messe da parte previo il riconoscimento del loro peso morale – quindi in cambio di un qualche genere di compensazione. Le altre due regioni sono composte da rivendicazioni che non producono diritti specifici. Nella prima di queste due troviamo aspirazioni legittime che mancano di un titolare correlato. Nella seconda aspirazioni che non soddisfano OIC per qualche altro motivo contingente – come per esempio la scarsità delle risorse. Partendo da qui è possibile desumere quali sono le funzionalità morali generali dei diritti astratti.

Una prima funzionalità che i diritti astratti possono avere è connessa con le caratteristiche della loro prima regione, quella che contiene le aspirazioni non negoziabili. Se questo insieme non è vuoto, il diritto astratto garantirà la presenza di giustificazioni normative che non possono essere scavalcate in alcun modo. Questo tipo di funzionalità è equivalente a quella che si trova nella teoria dei diritti come «briscole» di Dworkin⁵⁸³. Ma non è l'unica caratteristica funzionale originale posseduta dai diritti astratti. I diritti astratti forniscono – ed entriamo in questo modo nella seconda

⁵⁸³Ma non dei vincoli collaterali di Nozick – poiché si tratta dopotutto di diritti contingentati. Sulla differente estensione dei *trumps* dworkiniani rispetto ai vincoli collaterali vedi P. Pettit, *Right, constraints and trumps*, “Analysis” 47 (1988).

regione centrale – anche giustificazioni *prima facie*: giustificazioni che pur essendo legittime possono essere, e spesso lo saranno, bilanciate di fronte a quelle che provengono da altri diritti, doveri, scopi o altre categorie di oggetti normativi. Nel caso che l'esito del bilanciamento sia sfavorevole a questo tipo di aspirazioni, la loro forza morale è comunque tale da produrre un residuo – e quindi i relativi obblighi di compensazione (I).

Grazie a queste due caratteristiche funzionali i diritti disegnano uno *spazio morale di interessi protetti* attorno al soggetto: una cintura di interessi moralmente rilevanti per il soggetto, i quali possiedono un peso speciale nel processo deliberativo e garantiscono le condizioni di possibilità per l'indagine connessa con la morale in senso lato. Dal momento che alcuni diritti hanno come fine la tutela di determinate scelte, questo spazio protetto è anche uno *spazio di autonomia*⁵⁸⁴.

Un'altra funzionalità particolare dei diritti astratti è quella di portare *il soggetto al centro della riflessione morale*. Il soggetto è infatti la giustificazione ultima attraverso cui sono avanzate le rivendicazioni di un diritto, e non un qualche scopo collettivo, oppure un'idea astratta del dovere. Questo ha due ricadute funzionali interessanti. La prima riguarda il giusto peso che un ragionamento fatto a partire dai diritti può dare alla vittima di un torto subito. Un atto illecito che viola un diritto è, rispetto ad altri generi di atti illeciti, un atto che non può essere spiegato in funzione di ideali astratti come la giustizia, l'ordine oggettivo del mondo, dio, ecc., ma deve essere necessariamente riferito al soggetto concreto che ne è stato *vittima*⁵⁸⁵. Laddove ci sono diritti c'è quindi la possibilità di riconoscere senza giri di parola le responsabilità nei confronti delle vittime di un agente che abbia commesso un atto moralmente sbagliato poiché compare necessariamente la nozione di *torto verso qualcuno*. Questo riconoscimento della presenza di vittime, assieme alla precedente attestazione di uno spazio morale, permette di costruire nozioni di *dignità* e di *rispetto* che non siano esterne al soggetto stesso, ma prendano avvio da quelli che sono i suoi interessi e le sue aspirazioni, e al suo essere un portatore di considerazioni moralmente rilevanti di per sé.

Questa rilevanza per il soggetto dei diritti non deve oscurare la loro dimensione intersoggettiva. I diritti sono oggetti normativi sempre relati: direttamente i diritti specifici, indirettamente i diritti astratti. È nei confronti degli altri che dobbiamo rivolgerci per far valere le aspirazioni presenti nel nostro spazio morale e per portare a termine il processo di bilanciamento e di compensazione connesso coi diritti *prima facie*. I diritti astratti sono connessi, come ha insistito Feinberg, con

584Tornando al problema della *funzione* dei diritti – affrontato nel capitolo [3] alla luce del particolare problema della funzione dei diritti specifici – si può quindi dire che, riguardo ai diritti astratti, la teoria che sto tratteggiando si pone come una soluzione *ibrida* tra la teoria della scelta e la teoria dell'interesse: tra gli interessi moralmente rilevanti disegnati dalla cintura di diritti vi sono anche delle scelte tutelate.

585Su questa caratteristica dei diritti ha insistito oltre che Feinberg, di cui si è già detto, anche Richard Brandt (*The concept of a moral right and its functions*, op. cit.).

l'azione del *rivendicare*⁵⁸⁶, e implicano sempre una dimensione pubblica della sfera morale.

Come si è visto dal paragrafo [5.3.2] questo modello di diritti astratti possiede una dimensione *dinamica* connessa alle sue due regioni «esterne». Oltre a tutelare, proteggere e indicare l'importanza di un determinato valore, i diritti astratti possono anche indicare i modi – sempre attraverso la mediazione decisiva degli agenti – attraverso cui promuovere e portare avanti le aspirazioni di questo valore⁵⁸⁷. I diritti astratti, in questa loro dimensione dinamica, possiedono quindi anche la caratteristica di porsi come *scopi*. Sono meccanismi di cambiamento e progresso morale molto importanti: “parlare di diritti può iniziare una rivoluzione – difficilmente può farlo parlare di doveri” scrive a tal proposito Brandt⁵⁸⁸.

6.3.2 Alcune perplessità su questo modello

Formulerò adesso alcune perplessità cui potrebbe andare incontro il modello dei diritti astratti che ho proposto, sia riguardo alla sua struttura, sia riguardo alle funzionalità che esprime.

La prima di queste perplessità potrebbe risiedere nel contenuto delle due regioni «interne» dei diritti astratti. Ci si potrebbe chiedere a tal proposito se si diano realmente delle aspirazioni morali che possano generare diritti specifici che siano assoluti (1) contingentati – diritti specificati, ma non negoziabili. La risposta a un simile quesito è semplice: il modello è neutrale nei confronti di questa problematica. La presenza di rivendicazioni non negoziabili dipende dalla teoria normativa di sfondo che decidiamo di adottare, non dalla struttura del modello, e per avere un diritto astratto basta anche soltanto una singola pretesa *prima facie*.

Riguardo alla dignità, si potrebbero sollevare dubbi sul fatto che sia soltanto introducendo la

586È da notare però che adopero l'idea di rivendicare in un senso lievemente diverso da quello adoperata da Feinberg.

Anzitutto, come si può vedere, quello di rivendicare non è né la funzionalità principe dei diritti, né la più importante, ma si trova piuttosto allo stesso livello rispetto alle altre. Da essa dipendono inoltre solo in parte le nozioni di dignità e di rispetto del soggetto. Inoltre il significato del rivendicare in questo modello di diritti astratti è più sfaccettato rispetto a quello dato da Feinberg. Sono molti i modi attraverso cui un soggetto può rivendicare nel contesto di quelli che sono i propri diritti. Da una parte c'è sì la rivendicazione di fronte a un torto subito – il senso centrale per Feinberg. Ma partendo dal mio modello bisogna tenere in considerazione anche la rivendicazione in funzione di quelli che sono i propri interessi moralmente rilevanti che danno luogo a diritti *prima facie*, e la rivendicazione in funzione di quelle esigenze morali che stanno alla base delle aspirazioni contenute dalle due regioni esterne dei diritti astratti: quelle che pur non dando luogo ad alcun diritto specifico, premono affinché la situazione delle cose cambi e si possa trasformare in modo da essere regolata normativamente.

587Altre due funzionalità dei diritti, cui non dedicherò troppo spazio perché a mio avviso non centrali, sono connesse con questo rapporto dinamico ai valori. La prima di queste funzionalità, notata da John Finnis (*Natural law and natural rights*, op. cit., p.221), è quella di rendere esplicito e aperto alla dimensione pubblica un catalogo dei valori normativamente riconosciuti come rilevanti. In questa maniera il linguaggio dei diritti permette di uscire da astratti e vaghi riferimenti a un «bene comune» fornendo una lista precisa di quali aspirazioni costituiscano questo bene. Quest'opera di specificazione rende possibile la loro discussione pubblica – aprendo così le porte della morale in senso stretto a forme di razionalità allargata e condivisa. La seconda riguarda posseduta dai diritti astratti è quella di fornire, in determinati casi, le ragioni per giustificare quelle categorie di diritti specifici che non dipendono direttamente dalle caratteristiche del soggetto, bensì dal suo ruolo o dalla sua partecipazione in determinate istituzioni (su questo genere di diritti vedi il paragrafo [3.4.5]).

588R. Brandt, *The concept of moral rights and its function*, op. cit., p. 44. Su questa funzione – sebbene declinata esclusivamente da un punto di vista retorico – vedi anche J. Griffin, *On human rights*, op. cit., pp. 18-9.

nozione di diritti che si possa parlare di questa nozione. La risposta a questi dubbi è che la questione è mal posta: la nozione di dignità può essere adoperata anche in contesti in cui la categoria dei diritti non è impiegata. Del resto, la dignità è una categoria morale più antica di quella di diritti⁵⁸⁹. Il problema è che questa nozione sarà in qualche modo mutila⁵⁹⁰. È soltanto attraverso i diritti che troviamo la congiunzione di una serie di componenti moralmente rilevanti⁵⁹¹ – quelle del soggetto come ragione di una norma, come vittima diretta di un torto, come parziale controllore del proprio spazio morale e come entità capace di rivendicare quanto gli è dovuto – che sono in grado di costruire una nozione completa di dignità – e una che sia universale.

È stato posto a riguardo del pacchetto di funzioni che ho proposto in precedenza il problema della moralità dello spazio di interessi che i diritti andrebbero a disegnare attorno al soggetto⁵⁹². Per quale motivo dovrebbe esserci attorno al soggetto una guaina isolante che lo mette al riparo da interferenze quando queste potrebbero rivelarsi – alla luce di una analisi consequenzialista – moralmente legittime? Una simile problematica tocca un tasto piuttosto delicato. Il punto è che la legittimità morale di simili interferenze è valida soltanto di fronte a precise scelte normative che svolgiamo a monte della teoria che decidiamo di adottare. Tornerò sull'argomento nella prossima serie di paragrafi, discutendo del bilanciamento dei diritti, ma posso già sviluppare alcune considerazioni a riguardo. La scelta normativa di dissolvere ogni spazio morale attorno al soggetto significa negare la possibilità che la sua relatività posizionale possa essere moralmente rilevante, e adottare un atteggiamento neutrale, in terza persona – da arcangelo – nei confronti delle persone. Inoltre, significa cancellare con un colpo di spugna ogni rilevanza posseduta dalla nozione di *integrità*, e qualunque vincolo deontologico riguardante i soggetti. Diventa possibile trattare gli uomini come se fossero dei piselli in una latta: tanti, identici, e *intercambiabili*. Inoltre, significa cancellare ogni differenza tra la morale in senso stretto e in senso lato, poiché le condizioni di possibilità della seconda sono private di ogni irriducibilità e continuamente esposte alla merce delle situazioni morali. Una scelta morale di questo tipo di fatto esclude ogni possibilità di separare – anche con un confine non necessariamente netto e impermeabile – la sfera della morale pubblica da quella privata. Questo non solo è moralmente ambiguo, ma impegna anche a rinvenire un qualche

589Vedi nuovamente U. Vincenti, *Dignità e diritti umani*, op. cit.

590A questo proposito è molto interessante l'analisi del concetto di dignità in Epitteto compiuta da Feinberg in *In defense of moral rights: their social importance*, in *Freedom and fulfillment*, op. cit., pp. 241-3. In essa si mettono in luce i difetti e i limiti di una teoria della dignità che non faccia alcun riferimento ai diritti soggettivi dell'individuo.

591Alcuni autori (W. Nelson, *On the alleged importance of moral rights*, op. cit. e J. Narveson, *Commentary on Feinberg*, "Journal of Value Inquiry" 4 (1970)) hanno contestato questo filo diretto tra diritti e dignità, sostenendo che è possibile rivendicare direttamente i torti subiti e ciò che ci è dovuto anche in un sistema di puri doveri. Feinberg ha risposto a questo genere di argomentazioni ricordando che *poter* fare una cosa non significa *averne titolo*: cosa questa che richiede la nozione di diritti (vedi J. Feinberg, *In defense of moral rights: their social importance*, in *Freedom and fulfillment*, op. cit., pp. 222-3).

592Vedi per esempio J. Oberdiek, *Lost in moral space*, op. cit.

scopo oggettivo valido universalmente per tutti gli uomini, capace di legittimare questa assimilazione tra il piano della morale in senso lato e quello della morale in senso stretto. E impegna anche a *dimostrare* che uno scopo universale del genere esista davvero.

Un'altra area che potrebbe essere attaccata è quella riguardante la relazione tra diritti e riconoscimento della figura della vittima di un torto. Si potrebbe dire che anche adoperando altre categorie di oggetti normativi si è in grado di riconoscere la direzionalità dei torti, oppure che questa nozione è già implicata in quella più generale di torto. In entrambi i casi siamo di fronte però a obiezioni deboli. La nozione di *torto verso qualcuno* può essere adoperata anche all'interno di teorie morali incentrate su doveri o su scopi. Il punto è però che queste due categorie di oggetti normativi non la implicano *necessariamente*, al contrario dei diritti, i quali – proprio perché *diritti soggettivi* – senza questa nozione sono soltanto una categoria formale e derivata. Inoltre non è vero che la nozione di torto verso qualcuno sia già compresa in quella più generale di torto. Si può infatti concedere di avere commesso un torto nei confronti di dio, della legge, della giustizia, ecc. e provare anche rimorso, senza tuttavia accettare l'idea che si sia fatto del male *a qualcuno* e sentire compassione o qualche altra emozione del genere per la vittima – come Davide nei confronti di Uriah. Il discorso dei diritti invece inchioda il responsabile di un atto illecito di fronte al fatto che qualcuno – e non qualcosa di astratto – ha subito un torto, poiché stabilisce che la ragione, o la causa, o la fonte di una norma è la persona stessa.

Un'altra obiezione che si potrebbe rivolgere al modello è di natura formale. Esso sembra scardinare l'assioma di correlazione tra diritti e doveri. Ma anche questa è un'obiezione debole. L'assioma di correlazione nella sua versione hohfeldiana allargata⁵⁹³ rimane vero a livello dei diritti specifici. Dal punto di vista dei diritti astratti vale l'assioma giustificatorio (1)⁵⁹⁴ se i diritti sono concepiti come elementi basilari rispetto ai doveri.

Numerose argomentazioni sono state infine poste contro la natura dinamica dei diritti e quel genere di aspirazioni che fanno parte delle due regioni «esterne». Una parte di queste argomentazioni fa appello nuovamente all'assioma di correlazione: staremmo parlando di diritti che non correlano con doveri. Ma questa serie di argomenti può essere aggirata grazie alla precedente osservazione riguardo al tipo di assioma implicato dal modello dei diritti astratti – che è quello giustificatorio. La giustificazione è qualcosa che può precedere la reale presenza dell'oggetto che si va giustificando. Un'enunciato condizionale «se X allora Y» è formalmente corretto anche se X di fatto non si dà. Un'altra batteria di argomenti si rivolge invece contro le presunte conseguenze moralmente negative di riconoscere qualcosa come un diritto – anche soltanto come un diritto-

593Che ho definito nel paragrafo [2.2.7].

594Definito nel paragrafo [2.3.4].

manifesto o diritto in potenza – prima che sussistano le reali possibilità di attualizzarlo. Tornerò almeno in parte sull'argomento affrontando la questione del confronto tra diritti e doveri. Per adesso mi limito a una piccola considerazione a proposito. È difficile pensare che l'etica si esaurisca in una discussione riguardo a ciò che è giusto e ciò che sbagliato qui e ora, e non debba cercare anche di indicarci un orizzonte possibile riguardo a come *dovrebbero* essere le cose. I diritti possiedono le potenzialità per svolgere, almeno in parte, entrambi i compiti, come del resto dimostra la storia del loro impiego nelle teorie morali e politiche. Come ogni strumento di cambiamento sono passibili di essere maneggiati in modo improprio, ma contestare questa loro capacità di fungere da ideali *a priori* non solo è anti-storico. È anche moralmente retrivo.

6.3.3. Problematiche legate alla nozione di «rivendicare»

Un ultimo nucleo di obiezioni indirette che si possono porre al modello di diritti astratti che ho proposto riguarda la nozione di «rivendicare». L'idea che vi sia una connessione necessaria tra i diritti e questa pratica è stata oggetto di dibattito fin da quando Feinberg ha proposto la sua teoria dei diritti come *valid claims*⁵⁹⁵. Riguardo a questo problema non starò a ripetere le differenze tra la nozione di «rivendicare» di Feinberg e quella implicata dal mio modello⁵⁹⁶, così come non esaminerò nel dettaglio l'obiezione per cui possiamo ritrovare le funzionalità espresse da questa pratica anche in teorie morali dove non si danno diritti⁵⁹⁷: significherebbe riproporre il ragionamento che ho già a fatto a proposito dell'obiezione riguardo alla connessione tra diritti e dignità.

Sulla relazione tra diritti e rivendicare ci sono però due questioni cui vale la pena dedicare un po' di attenzione. La prima riguarda la rivendicazione come atto pratico: associando la categoria dei diritti a un'attività pratica razionale non si rischia di cadere in quelle stesse critiche a proposito della ristrettezza riguardo al soggetto passibile di essere titolato in cui era già caduta la teoria della scelta⁵⁹⁸? No, e questo per un doppio motivo. *In primis*, la connessione con l'atto di rivendicare non è, come nella teoria di Feinberg, l'unica caratteristica originale del modello dei diritti astratti, e tanto meno è una caratteristica richiesta per avere un diritto – se non in potenza. Avere un diritto è un caratteristica per rivendicare, e non viceversa. Secondariamente, come lo stesso Feinberg è attento a sottolineare⁵⁹⁹, l'attività di rivendicare non implica che debba essere necessariamente il titolare del

595Ho esposto brevemente questa teoria nel paragrafo [2.3.1].

596Vedi il paragrafo [6.3.1].

597Obiezione che è stata svolta da D. Darby, *Are world without moral rights impoverished?*, op. cit.

598Su questa obiezione vedi in special modo il paragrafo [3.2.3].

599Feinberg risponde all'obiezione precedente in *The rights of animals and unborn generations*, in *Rights, justice and the bounds of liberty*, op. cit. (pp.162-3) mostrando come la capacità di comprendere che cosa è un diritto e l'abilità di avviare il processo di rivendicazione di propria iniziativa non sono caratteristiche necessarie per avere un diritto (come invece affermato da W.D. Lamont in *Principles of moral judgement*, Clarendon, Oxford 1946, pp. 83-4).

diritto a compiere questo atto. In ambito giuridico qualsiasi genere di ente può – in linea teorica – avere un diritto, a dispetto della sua capacità effettiva di rivendicare: l'atto giuridico di rivendicare richiede che ci sia qualcuno – non importa se il titolare del diritto o un terzo – che sia in grado di farlo, e non ha altre condizioni. Non si capisce perché non dovrebbe essere possibile traslare questa caratteristica in ambito morale – e questo ci porta a un secondo problema riguardo alla connessione tra rivendicare e diritti⁶⁰⁰.

6.3.4 Gli scopi

Passiamo a definire la seconda categoria di oggetti normativi che si sono identificati come adatti per essere impiegati come basilari: gli scopi. In un senso piuttosto generale, uno scopo morale può essere definito come il fine ideale cui devono convergere gli esiti delle nostre azioni, in base a quelle che sono le previsioni che siamo in grado di compiere mentre ci accingiamo ad agire. Uno scopo riconosciuto da una teoria morale è una forma di bene, un valore che gli individui o le istituzioni sono in qualche modo obbligati a promuovere o a raggiungere.

Gli scopi possono essere divisi in due categorie: *individuali* e *collettivi*. Una teoria morale può, partendo da un dato tipo di valore, giungere a esiti assai differenti nel caso declini questo da un punto di vista individuale oppure collettivo. La massimizzazione del piacere è, per esempio, il valore cardine di teorie tanto diverse tra loro quanto lo possono essere l'edonismo e l'utilitarismo classico: la grande differenza tra gli esiti pratici delle due posizioni risiede nel fatto che la massimizzazione posta come scopo è individuale nel primo caso, collettiva nel secondo.

Anche il contenuto di uno scopo può assumere due tipologie diverse. Il punto di arrivo indicato da un fine può essere infatti uno stato o una condizione ultima, oppure risiedere nell'esercizio di una funzione o in un'attività. La massimizzazione del piacere posta come valore cardine dall'edonismo e dall'utilitarismo ricade nel primo genere di scopi – quelli che hanno come contenuto uno *stato finale*. L'*eudaimonia* aristotelica oppure la condizione virtuosa che molti filosofi hanno rinvenuto in una qualche descrizione della saggezza appartengono invece al secondo genere – legato alla *attività*.

⁶⁰⁰C'è stato chi (per esempio W. Nelson, *On the alleged importance of moral rights*, op. cit.) ha mostrato la connessione tra diritti e pratica del «rivendicare» dipende in maniera stretta da un'analogia posta tra l'ambito giuridico e quello morale – una *falsa* analogia nell'opinione di questi autori. Adesso, è sicuramente vero che la connessione ha un'origine giuridica. Ma non per questo la si può considerare una falsa analogia. Da sempre la morale è un campo aperto in cui confluiscono nozioni e categorie provenienti dall'ambito giuridico e teologico. Come dovrebbe essere risultato chiaro dalla scorribanda storico-concettuale operata nel capitolo [1] la nozione di diritti soggettivi nasce in un contesto che è giuridico – o quanto meno contesto in un contesto funzionale all'ambito giuridico. La cosa di per sé non è sorprendente: anche la nozione di dovere prima di assumere una sfumatura morale indicava gli uffici connessi con un dato ruolo. Ma questo non significa affatto che non si sia potuto poi successivamente adattarla a un nuovo contesto. Sull'argomento rimando nuovamente alle considerazioni di Margareth Anscombe contenute nel suo *Modern moral philosophy*, op. cit. A riguardo possono tornare utili anche le tesi – forse un po' troppo forti – di Simo Knuttila, *The emergence of deontic logic in the fourteenth century*, in R. Hilpinen, *New studies in deontic logic*, op. cit.

Né gli scopi individuali, né gli scopi il cui contenuto consiste in un'attività possono essere dei validi candidati per occupare un ruolo *basilare* all'interno di una morale in senso stretto. È difficile capire che cosa potrebbe essere uno scopo collettivo il cui contenuto sia un'attività. È ontologicamente eccentrico pensare che esista un ente superiore che sussuma i singoli individui, il quale abbia funzioni da soddisfare, virtù da coltivare o sia capace di agire. Nonostante questo si sono date delle morali in senso stretto che hanno provato a costruire i propri capisaldi a partire da qui. L'idea di uno scopo generale che sia collettivo e il cui contenuto faccia riferimento a funzioni e attività si può trovare, infatti, nell'organicismo statuale proprio di certe concezioni comunitariste, o in un certo tipo di nazionalismo estremo. Ma si tratta di forme patologiche della moralità in senso stretto, le quali possono benissimo funzionare, ma soltanto in modo tirannico. Questo genere di teorie non tiene infatti in conto uno dei fattori alla base della morale in senso stretto: il motivo per cui qualsiasi società umana, oltre una certa soglia di persone, deve far fronte a problemi di limitazione del conflitto, coordinazione, cooperazione, ecc. è proprio perché essa non è più, giunti a questo livello, una società eticamente spessa come la famiglia. Pure, queste teorie pretendono di adoperare nella dimensione pubblica le categorie che definiscono questi rapporti eticamente spessi.

Gli scopi individuali legati all'esercizio delle funzioni o attività non sono adatti a rivestire un ruolo basilare perché ricadono in quel discorso sulla virtù che ho già affrontato in precedenza e su cui non ritornerò. Scopi individuali a stato finale, sebbene siano alla base di alcune teorie morali, non possono invece dare luce a morali in senso stretto soddisfacenti poiché, pur fornendo regole di vita – il caso per esempio della regola epicurea – sono morali individuali, e per questo motivo sono *incomplete*: ci sono, in pratica, delle ottime ragioni per pensare che esse diano luce a numerose situazioni di stallo e di conflitto pratico se universalizzate. È da notare che questo vale non solo per morali edoniste o addirittura egoistiche, ma anche in quei casi di morali che prescrivano agli individui il perseguimento di scopi puramente altruistici. Da un punto di vista della coordinazione e della cooperazione, due individui che pongano entrambi come proprio scopo individuale la massimizzazione del bene altrui otterrebbero risultati catastrofici. Non riuscirebbero infatti nemmeno a prendere un caffè assieme: per entrambi l'imperativo inderogabile sarebbe quello di pagare per tutti e due, con la conseguente inazione dovuta a un regresso all'infinito.

Diverso è il caso di quegli scopi collettivi basati sull'idea di stato finale – scopi ovvero come la massimizzazione del piacere, del benessere, delle scelte desiderabili, ecc. In questi casi, nonostante vi sia un riferimento alle funzioni e alle attività dei soggetti, non vi è alcuna finzione di un'entità superiore che sussuma gli individui, poiché l'obiettivo è posto come un determinato stato di cose desiderabile basato sulla somma aggregata dei valori di alcune variabili poste come moralmente rilevanti. E questo genere di scopi è pertanto capace di fornire quei criteri di ordinamento in grado

di soddisfare le richieste della morale in senso stretto. Le teorie che si basano su questo genere di oggetto normativo sono infatti potenzialmente ordinabili, e sono a loro volta in grado di coordinare i diversi agenti portandoli oltre i confini della mera normatività prudenziale.

6.3.5 *Gli scopi come elementi basilare di una teoria morale*

Una teoria morale che si voglia basata sugli scopi si avvarrà di una valutazione consequenzialista delle situazioni morali, e l'elemento centrale sarà un qualche tipo di scopo *collettivo* e a *stato finale*. Ma quali sarebbero i caratteri di una teoria basata su questo genere di oggetti normativi? Sarebbe una teoria appetibile rispetto a una teoria basata sui diritti? Una teoria di questo genere dovrà indicare come fine di un'azione la massimizzazione di un qualche genere di caratteristica considerata moralmente rilevante. Lasciamo perdere per il momento la questione di quale possa essere questa caratteristica e concentriamoci sulla struttura formale di una teoria del genere. Questo ci permetterà di isolare, tra le tante critiche che si possono porre, quelle strettamente legate alla forma, piuttosto che al contenuto del valore.

Un indubbio vantaggio di questo genere di teoria, oltre a quello costituito dalla sua coerenza, è di essere monomica, e pertanto completa. La teoria è inoltre almeno a prima vista piuttosto semplice ed elegante. La sua stessa forma però la vincola pesantemente riguardo al contenuto. Una teoria simile è infatti impegnata a sostenere una serie di tesi normative piuttosto dubbie. Probabilmente quindi, per quanto possa costituire una morale in senso stretto assai efficiente in determinate circostanze – specialmente quelle eccezionali, dove è più necessario considerare inessenziale l'individuo rispetto all'ordinamento – non può essere valutata positivamente in termini di appetibilità. Vediamo perché.

La centralità di uno scopo collettivo impegna anzitutto a negare ogni criterio di separatezza tra gli individui⁶⁰¹. Questa tesi assume molteplici significati. In un primo senso la negazione della separatezza spinge a considerare l'individuo come inessenziale nei confronti dello stato finale verso il cui raggiungimento punta la teoria. Questo non solo permette, ma possiamo anche immaginare che in alcuni casi richieda, che sia possibile fare tutto a una persona quando sia in gioco anche un minimo avanzamento nei confronti dello scopo collettivo. Secondariamente, questa negazione permette di semplificare non poco la nostra attitudine di fronte al conflitto pratico – che diventa un mero esercizio di calcolo – pagando come prezzo il sacrificio di numerose nozioni morali che diventano così superflue⁶⁰²: quella di integrità, per esempio, oppure di riparazione, di spazio morale

⁶⁰¹Questa caratteristica è stata rimarcata, a proposito dell'utilitarismo, da John Rawls, in *A theory of justice*, op. cit., p. 23-4. Considerazioni interessanti a riguardo si ritrovano anche in H.L.A. Hart, *Between utility and rights*, "Columbia Law Review" 79-5 (1979), pp. 829-31.

⁶⁰²Su questo aspetto della teoria basata su uno scopo collettivo a stato finale più famosa – l'utilitarismo – si è soffermato particolarmente B. Williams in *A critique of utilitarianism*, in J.J.C. Smart & B. Williams, *Utilitarianism*:

o la precedente distinzione tra violazione e infrazione. Una teoria basata su uno scopo collettivo a stato finale non solo è *semplice*, ma è anche *semplicistica*, poiché risolve le ambiguità della sfera pratica tagliando il problema. La terza conseguenza della negazione della separatezza è l'incapacità, da parte di questo genere di teorie morali, di adottare un punto di vista che non neghi la relatività posizionale dell'agente: tutte le teorie morali basate su uno scopo collettivo a stato finale sono infatti neutrali dal punto di vista agenziale – non distinguono ovvero tra agente e agente in base al contesto, ma applicano rigorosamente un unico punto di vista ideale, esterno e disincarnato.

Un'altra conseguenza normativa di questo genere di morali – implicata dalla monomia – è che esse devono sostenere che esiste un unico scopo morale cui è possibile ricondurre tutti gli altri eventuali scopi derivati. Quanto sia difficile sostenere questa tesi, di fronte a una psicologia umana che è tutt'altro che uniforme e monolitica, dovrebbe essere evidente. Inoltre, questa tesi impegna l'agente a costruire il suo percorso di azioni soltanto dopo aver manipolato una quantità di informazioni che è irrealistico pensare che sia possibile di gestire⁶⁰³. Inoltre, essa demolisce la barriera divisoria tra morale in senso stretto e morale in senso lato. Per affermarsi con la forza richiesta dal suo ruolo di oggetto normativo basilare, uno scopo collettivo a stato finale deve porre il proprio contenuto come un bene irrinunciabile nei confronti del soggetto – fornendogli di fatto i criteri esterni per determinare che cosa è la vita buona, senza possibilità che il soggetto possa esercitare a riguardo la sua autonomia.

E l'autonomia del soggetto è negata anche partendo da un'altra considerazione: la monomia connessa con un unico ideale collettivo a stato finale implica che vi sia sempre una e una sola scelta giusta da un punto di vista normativo – e non vi possano essere scelte che a un livello generale possono essere indifferenti e che il soggetto può quindi gestire come meglio crede, in base a valutazioni di livello più specifico.

Infine non è molto credibile che gli scopi più importanti dell'uomo siano *stati finali*: la lezione di Aristotele su questo punto è valida oggi più che mai⁶⁰⁴. Uno scopo, collettivo o individuale, che sia a stato finito non può cogliere l'essenza di una concezione della felicità o dell'*eudaimonia*, come ha ben dimostrato Smart col suo esperimento mentale della macchina del piacere⁶⁰⁵. La felicità o l'*eudaimonia* non possono però dare luce a scopi collettivi – a meno di non cadere in una sorta di organicismo piuttosto misticheggiante dal punto di vista ontologico. È plausibile pensare che

for and against, op. cit.

603I diritti, da questo punto di vista, permettono sicuramente di costruire teorie molto più decentrate – e per questo più agili. Vedi a proposito P. Dasgupta, *Utilitarianism, information and rights*, in A. Sen & B. Williams (a cura di), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 1982.

604A riguardo vedi anche la considerazione di J.L. Mackie, *Can there be a right-based moral theory?*, in *Persons and values*, op. cit., p. 112.

605J.J.C. Smart, *An outline of a system of utilitarianism ethics*, in J.J.C. Smart & B. Williams, *Utilitarianism: for and against*, op. cit., III.

esistano scopi individuali di questo genere, ma quanto questi possano essere d'aiuto nel concepire una morale in senso stretto, è piuttosto lecito dubitare.

6.3.6 I doveri

Passiamo quindi a definire la categoria dei doveri. Come la nozione di scopo, anche quella di dovere è piuttosto elastica e può assumere diversi significati. Il «senso del dovere» può rivestire un ruolo importante anche in teorie che non sono strettamente basate su questa categoria normativa. La nozione di dovere inoltre può essere definita in molti modi, in base a ciò che è aggiunto al suo semplice contenuto prescrittivo – l'obbligazione. Ho già proposto la definizione di un tipo particolare di dovere, quello hohfeldiano, le cui due caratteristiche principali sono la direzionalità e la correlazione coi diritti-pretesa. Adesso proporrò una tassonomia dei doveri basata su un'analisi di Paolo di Lucia⁶⁰⁶, la quale a sua volta riprende uno spunto accennato da Husserl nelle sue *Ricerche Logiche*⁶⁰⁷. Secondo questa analisi del significato di dovere, la nozione possiede tre aspetti, per i quali di Lucia ha adoperato le denominazioni di *buletico*, *axiotico* ed *eidetico*.

Un dovere buletico si trova in diretto riferimento con un desiderio, un ordine, una richiesta – e più generalmente, quindi, con una volontà. Questo genere di dovere si ritrova in enunciati che assumono la forma «X deve fare φ », laddove il riferimento a una determinata volontà come origine del comando può essere esplicita o implicita. Secondo Husserl è questo il significato originario di dovere, ma non l'unico possibile per quanto riguarda il nostro uso moderno. Si può infatti distinguere un secondo senso: un senso axiotico. Questo significato si ritrova espresso in enunciati che assumono la forma «X deve essere φ », come nell'esempio husserliano «un guerriero deve essere valoroso». La particolarità di questo genere di enunciati è l'affermazione di una necessità indipendente da ogni genere di volontà – anche oggettiva. Allo stesso tempo, però si mantiene un carattere valutativo, poiché il non essere valoroso non implica affatto che un dato individuo non possa essere considerato un guerriero – ma solo che non possa essere considerato un *buon* guerriero, e vada annoverato piuttosto tra i *cattivi* guerrieri. Se nel caso di un dovere buletico il contenuto è sostanzialmente una prescrizione legata a un desiderio o a una volontà, in un dovere axiotico la prescrizione è posta col fine di porre un metro per dare un valore a qualcosa. Il terzo significato di dovere non si ritrova in Husserl. Esso cataloga quel genere di doveri che non fa riferimento né alla volontà né al valore: di Lucia lo chiama eidetico poiché il riferimento è alla necessità contenuta in un dato concetto. Questo genere di doveri si ritrova in enunciati condizionali che assumono la forma «dato X, allora deve conseguire φ » ed esprime la generazione necessaria attraverso cui vengono alla

606Vedi P. di Lucia, *Normatività. Diritto, linguaggio, azione*, Giappichelli, Torino 2003, VII.

607E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, in *Gesammelte Werke*, Nijhoff, Den Haag 1975, *Husserliana* XVIII, trad. it. a cura di G. Piana, *Ricerche logiche*, Il Saggiatore, Milano 1968, vol. I, pp. 57-8.

luce gli obblighi connessi col funzionamento di una data istituzione: dal pronunciare una promessa, per esempio, deve seguire giocoforza una pretesa e un dovere hohfeldiano. Un dovere eidetico indica in pratica la normatività essenziale connessa con la finalità interna di una istituzione.

In questa maniera è possibile identificare tre significati diversi di dovere sulla base della relazione che questa nozione può intrattenere con tre termini diversi: volontà, valori e finalità interna delle istituzioni. Quali tra questi possono assumere un senso basilare per una teoria morale? Il significato axiotico del dovere è chiaramente molto importante all'interno di una teoria morale, poiché questa deve essere in grado di fornire i criteri per valutare determinati comportamenti e azioni. Ma la nozione di dovere axiotico non è tale da poter risultare basilare per svariati motivi. Anzitutto, un dato dovere axiotico può non dirci nulla a riguardo della prescrittibilità o meno di una azione. I doveri axiotico fissano degli standard di valutazione – in campi che possono anche non fare alcun riferimento alla normatività morale – ma non ci dicono alcunché riguardo alla prescrizione o alla proibizione degli atti valutati. Affermare che un buon guerriero deve essere valoroso non è né un invito all'essere valorosi, né all'essere guerrieri. Per arrivare a una prescrizione partendo da un dato dovere axiotico è necessario allargare il nostro discorso in modo che possa includere, per esempio, la nozione di virtù. Ma di per sé, la nozione di dovere axiotico si trova su un livello analitico molto elementare dei termini morali, tanto da essere adoperata da tutti i tipi di teoria, senza per questo assumere una centralità basilare in nessuna.

Allo stesso modo, il significato eidetico di dovere è adoperato diffusamente nel contesto di una teoria morale. È molto probabile, infatti, che una morale in senso stretto sia a un livello concreto nient'altro che un reticolo di convenzioni e istituzioni, e abbia a garanzia della propria capacità prescrittiva vari doveri eidetici. Tuttavia questo genere di doveri, sebbene in grado di determinare efficacemente obblighi e altri elementi deontici dal punto della vista della finalità interna di una istituzione, non ci dice alcunché riguardo alla necessità esterna di una data pratica istituita – riguardo, ovvero, al motivo per cui una data pratica dovrebbe essere fonte di prescrizioni. I doveri eidetici, in poche parole, sono frutto di inferenze, e non ci dicono niente di più di quello che non fosse già contenuto all'interno delle premesse.

Rimane quindi il significato originario del termine dovere, che è quello buletico, ovvero connesso a una volontà. Dovere da questo punto esprime un imperativo – una prescrizione nel suo senso più pieno. Il carattere della volontà che è a monte determina il carattere morale – e il genere di teoria morale che ne fa da sfondo – di un dato volere. E in questo senso il significato di dovere può essere davvero considerato come basilare per quanto riguarda una teoria morale: poiché tramite esso è possibile costruire obblighi e prescrizioni, e dare forma alla tela normativa di una morale in senso stretto. Ma quali potrebbero essere le caratteristiche generali di una teoria del genere?

6.3.7 I doveri come elementi basilari di una teoria morale

Prescindendo anche questa volta da ogni discussione riguardo a quale potrebbe essere il contenuto del dovere o dei singoli doveri chiediamoci invece quali potrebbero essere i caratteri salienti di una teoria basata su questo genere di oggetto normativo. Essa presenterebbe, anzitutto, degli indubbi punti di forza rispetto a una teoria basata su uno scopo collettivo a stato finale. Adoperando come basilare la nozione di dovere è infatti possibile rendere conto della separatezza delle persone. Una teoria basata sui doveri, grazie alla sua struttura deontologica, non è costretta a sostenere che sia sempre possibile, almeno in linea teorica, fare qualsiasi cosa a un dato soggetto senza violare per questo alcun requisito morale. Inoltre, una teoria di questo tipo è in grado di tenere conto della relatività posizionale degli agenti, e di costruire in questo modo un resoconto più complesso delle situazioni pratiche. Nonostante possa anche non essere mononomica, una teoria morale basata sui doveri non è poi necessariamente incompleta o non ordinata. Essa può fare riferimento a criteri di classificazione lessicale, e può impiegare strategie di ordinamento basate sia sulla specificazione, sia sull'approccio *prima facie*.

Nella nozione di dovere sono presenti elementi per costruire la categoria di dignità umana⁶⁰⁸. Implementando in chiave subordinata la nozione di diritti, una teoria di questo genere può inoltre rendere conto dell'autonomia del soggetto declinandola sotto svariate angolature. In particolare, può costruire attorno al soggetto ambiti di scelta tutelata, dove egli sia in grado di scegliere tra diverse opzioni normative quella a lui più soddisfacente⁶⁰⁹. In questo genere di teorie, inoltre, è possibile tenere separato l'ambito della morale in senso stretto da quello della morale in senso lato.

Nonostante i suoi vantaggi rispetto alla nozione di scopo collettivo a stato finale, anche il dovere non è però esente da alcune seri difetti critici se visto come nozione basilare. Basare una teoria su una data categoria di oggetti normativi significa che questa è prima rispetto ai problemi di definizione, giustificazione, ispirazione e razionalità di una dato sistema normativo. E il dovere è in grado di fornire un contributo piuttosto povero per questi compiti.

Solitamente quando si affronta un confronto tra teorie basate sui doveri e teorie basate sugli diritti la strategia discorsiva dei difensori del primo approccio si basa su due argomenti. Il primo si appoggia sul pregiudizio deontologico – sul tentativo di ridurre il discorso dei diritti a quello dei doveri. Il secondo cerca di mostrare invece come, all'interno della correlazione tra diritti e doveri sia necessario e migliore partire dai secondi. I due argomenti sono in contraddizione tra loro, ma a volte

608Ma vedi a proposito il precedente paragrafo [6.3.2].

609A proposito basta ricordare la legge universale del diritto secondo Kant: “agisci esternamente in modo tale che il libero uso del tuo arbitrio possa coesistere con la libertà di ognuno” (I. Kant, *Mataphysik der Sitten*, in I. Kant, *Kant's Gesammelte Schriften*, op.cit., vol. VI, § C).

nella letteratura capita di trovarli assieme. Avendo nel capitolo [2] affrontato il pregiudizio deontologico, mi occuperò in questo paragrafo soltanto del secondo argomento, mostrando quali siano i vantaggi per una teoria morale nel cominciare dai diritti, rispetto ai doveri. Indirettamente questo argomento porterà sostegno alla tesi per cui i diritti possiedano delle funzionalità originali e irrinunciabili per il discorso morale.

Il dovere di cui parliamo quando parliamo di teorie basate sui doveri è del tipo che ho definito in precedenza buletico – ovvero riferito a una volontà. Questa volontà può essere esterna al soggetto stesso che subisce il comando, oppure interna. Nel caso sia interna, non potrà essere la semplice espressione di un desiderio arbitrario, ma dovrà scaturire da una necessità di qualche genere. Ma non è affatto chiaro come una necessità di questo tipo possa essere realmente concepita come *propria* da parte dell'agente, e ciò vale sia se la fonte del valore è esterna, sia se essa è interna. La nozione di dovere, presa di per se stessa, è esteriore nei confronti dei soggetti morali, e da qui è possibile palesare tutta una serie di limiti derivati: la sua indifferenza nei confronti degli interessi del soggetto e del soggetto stesso, la sua incapacità di giustificare il proprio contenuto, la scarsa dote di razionalità di cui dispone per innervare di ragioni le norme cui presiede, il suo pesante debito con una tradizione realista o teologica, la durezza di carattere cui può condurre gli agenti.

Partiamo da quest'ultimo tratto. Westermarck si chiedeva:

“Non insegna forse l'esperienza che coloro le cui menti sono costantemente infestate dai pensieri del dovere sono inclini a diventare inumani, intolleranti e, in fin dei conti, intollerabili?”⁶¹⁰

Ma si tratta questo in fondo di un rischio connesso con tutti gli approcci di tipo deontologico alla morale, e che nasce dalla tentazione di concentrarsi esclusivamente sugli aspetti formalistici della teoria, trascurando altri aspetti essenziali. Con un ragionamento analogo, Hegel stigmatizzava giustamente anche i diritti su questo fronte:

“Se qualcuno non ha alcun interesse se non il suo diritto formale, può esser questo pura caparbietà, come sovente si addice a un cuore e animo limitato; giacché, l'uomo rozzo si irrigidisce al massimo nel suo diritto, mentre lo spirito nobile guarda quali altri lati la cosa abbia ancora.”⁶¹¹

Ma la nozione di dovere può spingersi in questa direzione con una profondità sconosciuta a quella

610E. Westermarck, *Ethical relativity*, op. cit., p. 141

611G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Gesammelte Werke*, op. cit., vol XIV, § 37 Z.

di diritti, a causa di alcuni concetti a essa correlata. A differenza dei diritti, i doveri si prestano a giustificare ogni forma di considerazione basata sul *sacrificio*. In uno scritto intitolato polemicamente *Dei doveri dell'uomo*, Giuseppe Mazzini asseriva difendendo la priorità dei doveri sui diritti che “lo scopo della vita non è quello d'essere più o meno felici, ma di rendere se stessi e gli altri migliori”⁶¹², e questo giustifica la precedenza di un discorso sul *sacrificio* rispetto a uno sulla *conquista*, e a una lotta che non s'arresta *qui in terra che colla vita* rispetto alla rivendicazione e al possesso dei *diritti individuali*. Questo genere di considerazioni non è connesso necessariamente con tutte le teorie che si vogliono basate sui doveri: ma è una possibilità che si trova implicita nelle premesse di questo tipo di teoria, e che difficilmente può essere giustificata partendo invece dai diritti. Questo accade perché, come notato da Bobbio⁶¹³, il problema morale nelle teorie dei doveri è considerato a partire dalla società invece che dall'individuo, e il suo fine è proteggere il gruppo piuttosto che l'individuo. Mentre il lessico dei diritti *può* dare inizio a una rivoluzione, come sostenuto da Brandt, il lessico dei doveri *può* giustificare ogni genere di sacrificio individuale e collettivo.

Questo ci porta sul secondo terreno di confronto, che è quello degli interessi e quindi della *praticabilità*. Il contenuto dei doveri può non aver alcuna relazione con le nozioni di interesse o di beneficio. Si è visto nel capitolo [3] come ciò sia anche vero per i diritti specifici: ma non è così, invece, per i diritti astratti. Il dovere nella sua massima astrazione è qualcosa di alieno e inderogabile rispetto al soggetto, posto fuori da ogni considerazione riguardante il suo benessere individuale o la sua felicità. Il focus di un dovere è un contenuto obbligatorio per l'agente, non un carattere moralmente rilevante che vada rispettato del soggetto. I doveri non partono da considerazioni riguardanti il soggetto, bensì da valutazioni riguardanti l'azione. Queste possono a loro volta prendere in conto i soggetti, ma da una parte ciò non è assicurato, e dall'altra, qualora avvenga, la relazione è posta in chiave mediata e subordinata. I doveri sono fardelli, e ciò ha portato alcuni autori a definirli «seccanti»⁶¹⁴. Ma il vero punto sta altrove, e riguarda il problema della giustificazione. I doveri forniscono delle giustificazioni alle loro prescrizioni che – non dovendo riferirsi a quelli che sono degli interessi immediati dei soggetti, quanto a delle astrazioni esterne – sono spesso degli esercizi di contorsionismo. Kramer fornisce due esempi del modo diverso attraverso cui è possibile giustificare una prescrizione, considerando ovvero i diritti o i doveri come prioritari⁶¹⁵. La proibizione della mendacità può essere giustificata a partire dal legittimo interesse che le persone hanno alla verità, oppure attraverso considerazioni riguardanti l'integrità e il rispetto

612G. Mazzini, *Dei doveri dell'uomo*, Rizzoli, Milano 1950 p. 16.

613N. Bobbio, *L'età dei diritti*, op. cit., p. 55.

614Vedi per esempio J.L. Mackie, *Can there be a right-based moral theory?*, in *Persons and values*, op. cit., p. 108 e C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 32.

615M. Kramer, *Rights without trimmings*, in *A debate over rights*, op. cit., p. 36.

per se stesso dell'agente. La proibizione della tortura può basarsi sull'ovvio interesse di una persona rispetto la propria integrità corporea, oppure sul fatto che praticare la tortura è una chiara degradazione del nostro status di esseri umani. Adesso, è chiaro che l'integrità, il rispetto per se stessi e per la propria dignità di agenti sono nozioni morali importanti e irrinunciabili: ma giustificare la proibizione della menzogna e della tortura partendo da questi concetti e non dagli interessi della vittima è quantomeno un po' arzigogolato. Ricorda quei casi in cui uscendo di casa si intraprende un percorso più complicato e lungo soltanto per evitare di passare da un dato posto. E in questo caso, il «posto» non è altro che il riconoscimento degli interessi pressanti di un soggetto. La spiegazione offerta partendo dai diritti è più economica, diretta e pregnante – e non teme di «sporcare» la morale calandola nella realtà concreta degli interessi umani. Ma non è solo l'astrattezza il difetto di questo tipo di giustificazioni: esse, infatti, non fanno *alcun riferimento chiaro e netto alle vittime*. Nella nozione di dovere non è presente niente di necessario che obblighi a impiegare quella di torto verso qualcuno. È possibile violando un dovere commettere un torto nei confronti di dio, della giustizia, dell'umanità, di se stessi – ma non è affatto necessario che tutto ciò implichi un torto nei confronti della vittima vera delle proprie azioni.

Come ha sostenuto Alan Gewirth⁶¹⁶, partire dai doveri invece che dai diritti significa rovesciare l'ordine della giustificazione e privare una prescrizione della sua spiegazione più naturale. Significa partire *a priori* dell'esperienza morale, invece che sulla base di quest'ultima⁶¹⁷. Ma significa anche innervare la tela normativa di una teoria morale con ragioni che sono poco appaganti e razionalmente deboli. Sono basate sui doveri teorie morali tanto diverse tra loro come quelle di Kant, di Epitteto e dell'intuizionista britannico Prichard. È interessante notare come, nonostante le grandi differenze, tutti e tre questi autori abbiano sottolineato il distacco della sfera morale da ogni considerazione riguardante l'utile, il benessere, la felicità, il sentimento, ecc. Questa severità del dovere non è una sua caratteristica accidentale, ma discende naturalmente dal modo attraverso cui questa categoria può essere giustificata. Gli unici sistemi per rendere conto efficacemente dei doveri sono l'appello alle nostre intuizioni proposto da intuizionisti come Ross e Prichard, il ricorso a qualche ideale di natura metafisica o alla volontà divina, oppure la costruzione di un'ideale di ragione completamente disincarnato. Ma si tratta in tutti i casi di prospettive molto lontane da quelli che sono i desideri, le aspettative e i sentimenti del soggetto morale concreto.

Del resto è difficile pensare a una giustificazione dei doveri che non debba spingersi nei territori del realismo morale⁶¹⁸. I doveri non sono oggetti normativi relazionali in senso stretto come i diritti.

616A. Gewirth, *The community of rights*, The University of Chicago Press, Chicago 1996, p. 9. Questo carattere rovesciato è riconosciuto anche da R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 175.

617Vedi J. Mahoney, *The challenge of human rights*, op. cit., p. 88.

618Per una simile connotazione tra deontologia e realismo morale vedi J.J.C. Smart, *An outline of a system of utilitarianism ethics*, in J.J.C. Smart & B. Williams, *Utilitarianism: for and against*, op. cit., I.

Non implicano alcuna idea di scrutinio, discussione o razionalità pubblica. Un dovere non sembra qualcosa che possa essere contrattato, oppure che sia in grado di nascere attraverso meccanismi spontanei di retroazione. L'idea di dovere implica sempre quella di comando, e quindi di una volontà esterna al soggetto – ma anche *ai soggetti*.

6.3.8 I limiti di una morale fondata sui diritti

Per tutti i motivi precedenti ritengo quindi che siano i diritti migliori candidati come elementi basilari per una teoria morale. Questo non significa affatto che partendo dai diritti sia possibile giustificare tutti gli oggetti normativi di una teoria. Questa sarebbe un'impresa sospetta, oltre che impossibile.

Esempi di teorie morali basate sui diritti sono quelle proposte da Nozick, Lomasky, Dworkin, Gewirth, Mackie. Nell'opinione di Dworkin⁶¹⁹ anche la struttura profonda della teoria di Rawls è fondata sui diritti. Martha Nussbaum⁶²⁰ ha definito l'approccio alle capacità sviluppato da lei e Sen come una specie particolare dell'approccio basato sui diritti. E si potrebbero fare altri esempi. Si tratta di teorie assai diverse tra loro, certamente non esenti da difetti – in alcuni casi anche piuttosto gravi – ma che condividono l'impostazione comune basata sui diritti. Questa impostazione è stata soggetta a una serie di critiche che esporrò qui succintamente.

Una prima critica diffusa è quella del riconoscimento. Simon Weil scrive all'inizio di una serrata polemica contro i diritti, e in difesa dei doveri: “un diritto non è efficace di per se stesso, ma soltanto grazie all'obbligazione cui corrisponde; la realizzazione effettiva di un diritto non dipende da colui che lo possiede, ma dagli altri uomini che si riconoscono obbligati di qualcosa nei suoi confronti”⁶²¹. Ma il problema dell'efficacia affligge in realtà ogni genere di oggetto normativo morale. Anche un dovere non è efficace per se stesso, se nessuno decide di seguirlo. Weil risponde a questa obiezione affermando che, a differenza di un diritto, “se una obbligazione non è riconosciuta da nessuno non perde affatto la pienezza del suo essere”⁶²². Ma questo significa assumere la tesi della priorità morale dei doveri senza fornire alcuna argomentazione a sostegno se non la propria opinione.

Un secondo argomento afferma che partendo dai diritti invece che dai doveri si rischia una proliferazione di rivendicazioni che non sono attualizzabili: troppi diritti quindi, a fronte di un

619Vedi R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit., VI. C'è da dire a proposito che Rawls non ha accettato questo tipo di interpretazione: vedi il suo *Justice as fairness: political not metaphysical*, “Philosophy & Public Affairs”, 14-3 (1985).

620M. Nussbaum, *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2006, p. 284.

621S. Weil, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris 1949, p. 6.

622S. Weil, *L'enracinement*, op. cit., p. 6.

numero di doveri corrispondenti che è limitato dalle possibilità degli agenti e dalla situazione contingente. Partire dai doveri al contrario assicura che sia possibile costruire una tela normativa adeguata rispetto alle possibilità e chiara riguardo a chi debba che cosa a chi⁶²³. Si tratta questo di un problema in cui le teorie dei diritti possono sicuramente cadere. Ma non capisco perché qualcosa di analogo non potrebbe succedere anche alle teorie basate sui doveri. In questo caso il punto non è tanto la categoria di oggetti normativi adoperata come base, quanto l'adesione della teoria al principio *ought implies can*. Un modello come quello che ho proposto in precedenza, sebbene specifichi un ruolo per i diritti anche laddove non possono essere prodotti obblighi corrispondenti, non corre rischi da questo punto di vista. Ma la questione è ancora diversa. È vero che partendo dai doveri si può raggiungere in maniera più efficiente e rapido un quadro ordinato delle obbligazioni, ma come si è visto in precedenza è soltanto partendo dai diritti che si possono ottenere delle giustificazioni soddisfacenti di queste⁶²⁴.

La cosiddetta «*adversarial conception*» della relazione tra diritti e comunità⁶²⁵ è un'altra critica che si legge spesso. Si tratta generalmente di riproposizione da parte comunitarista delle vecchie tesi sui diritti esposte da Marx e altri riformatori sociali riguardo la presunta antitesi tra diritti e comunità. Su questo argomento è stato scritto molto negli ultimi anni, in particolar modo grazie al graduale passaggio nella letteratura dalla tematica dei diritti così come sono intesi dal liberalismo classico alla problematica urgente costituita dai diritti positivi⁶²⁶. Certamente una teoria morale basata sui diritti possiede delle caratteristiche peculiari che non la rendono appetibile a un palato comunitarista: comunque formulata, una teoria dei diritti considererà l'individuo come punto di partenza. Alla luce delle dettagliate analisi operate da Gewirth, Feinberg e altri sull'importanza della dimensione sociale e comunitaria nella logica dei diritti non è però più possibile sollevare quelle stesse critiche che venivano rivolte nell'ottocento ai diritti dell'uomo. E la storia ha abbondantemente dimostrato l'errore derivato dal non aver preso sul serio questi diritti da parte delle concezioni comunitariste, anche quelle di sinistra. È la *scelta* dei diritti, più che i diritti in se stessi, a causare i conflitti insanabili di cui parlano i sostenitori dell'*adversarial conception*⁶²⁷.

Svariati autori hanno criticano la nozione di diritti come intrinsecamente *occidentale*. Ammesso che le idee abbiamo passaporto, e che la loro cittadinanza possa squalificarle, questo genere di

623L'argomento è stato difeso in particolar modo da O. O'Neill: vedi il suo *Towards justice and virtue*, op. cit., V.

624Come scrive Jack Mahoney, “partire dai doveri può chiarificare, ma soltanto partendo dai diritti, oppure, a un livello più fondamentale, dal titolare di diritti, può giustificare” (J. Mahoney, *The basis of human rights*, in C.E. Curran (a cura di), *Moral theology: challenges for the future*, Paulist Press, New York 1990, p. 329).

625Vedi A. Gewirth, *The community of rights*, op. cit., I.I. Sull'argomento è anche interessante come inquadramento F. Viola, *Individuo, comunità, diritti. L'identità dell'individuo alla luce dei diritti dell'uomo*, “Teoria Politica” 8-3 (1992).

626Per la complessa relazione tra liberalismo e diritti umani, e la questione connessa dell'imperialismo culturale vedi F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, VI.

627Sulla questione tornerò nel prossimo paragrafo [6.5.2].

obiezione è infondata. Su questo fronte il lavoro migliore rimane l'antologia curata da Jeanne Hersch per conto dell'UNESCO, *Le droit d'être un homme*⁶²⁸, raccolta di testi provenienti da tutto il mondo che dimostra come i *presupposti* di questo concetto si possano ritrovare in ogni luogo e in quasi ogni epoca. Più recentemente Sen ha fornito un contributo contro l'idea che quella di diritti sia una nozione esclusivamente occidentale nel suo *Human rights and asian values*⁶²⁹.

L'ultimo genere di critiche riguarda la tesi dell'impoverimento della morale connesso con l'adozione dei diritti come elemento basilare⁶³⁰. Una teoria morale basata sui diritti non è in grado di rendere conto di una buona fetta delle questioni moralmente rilevanti. Non è in grado di fondare tutti i tipi di doveri. Non è in grado di rendere conto delle virtù. Non ci dice quale regola di vita sia necessario adottare. Non può essere la giustificazione per scopi collettivi. Non può rendere conto delle azioni supererogatorie. Tutte queste tesi, sebbene possano anche essere in alcuni casi giustificate, mancano il bersaglio perché non colgono due punti. Il primo è che una teoria per essere basata su una categoria di oggetti normativi, come ho già detto, non deve necessariamente pretendere che da questa sia possibile dedurre tutti gli altri elementi. Il secondo è che la teoria di cui stiamo parlando è una teoria della morale in senso stretto: la quale è soltanto una parte della morale – e una parte necessariamente circoscritta.

628J. Hersch, *Le droit d'être un homme*. op. cit.

629A. Sen, *Human rights and asian values*, Carnegie Council, New York 1997.

630Vedi nuovamente O. O'Neill, *Towards justice and virtue*, op. cit., V; R.B. Louden, *Rights infatuation and the impoverishment of moral theory*, op. cit.; J. Raz, *The morality of freedom*, op. cit., pp. 194-8.

6.4 Il bilanciamento dei diritti

I diritti astratti possiedono alcuni punti di forza rispetto agli scopi collettivi a stato finale e ai doveri nudi e crudi. Il punto di forza principale è quello di collocare il soggetto – e non un qualche stato finale o l'astratto dovere – al centro della dimensione etica. Ma rimane il problema di ordinare le varie rivendicazioni e aspirazioni che compongono un diritto astratto. Le buone morali in senso stretto saranno teorie quanto più possibile complete: l'ordinabilità, come si è visto, è uno dei criteri essenziali per valutare quanto una teoria normativa sia utile al fine di raggiungere un ordinamento sociale efficiente. È giunto quindi il momento di prendere per le corna il toro che avevamo lasciato libero nei precedenti capitoli [4] e [5].

6.4.1 Modelli di bilanciamento

Il bilanciamento è quell'attività pratica tramite cui è possibile risolvere i conflitti che si vengono a creare tra i vari oggetti normativi riconosciuti dalla nostra teoria. Nello specifico, i casi che ci interessano riguardano bilanciamenti dove almeno uno dei due⁶³¹ oggetti normativi coinvolti è un diritto astratto di qualche tipo.

Il bilanciamento tra oggetti normativi avviene nel contesto della valutazione di un atto. Esistono due e solo due modi per valutare un atto: secondo i suoi contenuti, oppure secondo lo stato di affari che da esso consegue, rispettivamente secondo le modalità note del consequenzialismo e del deontologismo.

Tenendo presente questi assunti osserveremo adesso alcuni modelli possibili di bilanciamento. Questa operazione non sarà fine a se stessa. Da una prospettiva specifica essa permetterà di valutare quale possa essere il modello di bilanciamento più coerente, efficiente e appetibile. Da una prospettiva più generale invece essa ci aiuterà a valutare il diverso grado di importanza che i diritti possono assumere all'interno di una teoria secondo il modo in cui è affrontata la questione del bilanciamento.

(i). *Valutazione consequenzialista (1)*. Gli assunti di questo modello di bilanciamento sono i seguenti: le rivendicazioni connesse con un diritto possono in teoria essere sempre scavalcate da considerazioni di natura consequenzialista basate su scopi collettivi a stato finale che abbiano un peso superiore nella «valuta» implicata dal criterio di ordinamento quantitativo adottato dal modello; le rivendicazioni connesse con un diritto sono bilanciate con quelle connesse ad altri diritti, oppure con i doveri riconosciuti dalla teoria, convertendo i due oggetti normativi nella «valuta» consequenzialista adoperata dal modello e confrontandone il valore.

⁶³¹Ricordo che, come in questo e nel precedente capitolo, per motivi di praticità considero soltanto le situazioni di conflitto pratico in cui sono confrontati *due* oggetti normativi, dal momento che ogni altra situazione di conflitti tra $n+2$ oggetti normativi può comunque essere scomposta in conflitti binari.

(ii). *Valutazione deontologica (1)*. Gli assunti di questo modello di bilanciamento sono i seguenti: le rivendicazioni connesse con un diritto astratto non possono essere scavalcate da considerazioni di natura consequenzialista basate su scopi collettivi a stato finale; le rivendicazioni connesse con un diritto sono bilanciate con quelle connesse ad altri diritti, oppure con i doveri riconosciuti dalla teoria, per ordinamento lessicale.

(iii). *Valutazione deontologica (2)*. Gli assunti di questo modello di bilanciamento sono i seguenti: le rivendicazioni connesse con un diritto astratto non possono essere scavalcate da considerazioni di natura consequenzialista basate su scopi collettivi a stato finale; le rivendicazioni connesse con un diritto sono bilanciate con quelle connesse ad altri diritti, oppure con i doveri riconosciuti dalla teoria, per ordinamento lessicale; a differenza del modello basato sulla valutazione deontologica (1), questo modello adopera la distinzione infrazione/violazione: pertanto alcuni processi di bilanciamento daranno luce a infrazioni, e alle colpe e obblighi di riparazioni connessi.

Possono darsi partendo da queste tre opzioni delle soluzioni «ibride», ma per semplicità non le prenderò in considerazione. Adesso, su un piano formale tutti e tre questi modelli sembrano essere capaci di essere, almeno potenzialmente, completi. Per valutarli è necessario studiarne le conseguenze normative, e per fare questo occorre vederli in azione.

6.4.2 Modelli di bilanciamento alla prova dei fatti

Per valutare i precedenti tre modelli di bilanciamento farò riferimento a una situazione morale disegnata da Amartya Sen in un articolo piuttosto famoso⁶³². In questo modo sarà possibile esaminare le conseguenze normative cui questi danno luogo.

Sen propone come caso chiave per comprendere le modalità attraverso cui i diritti possono interagire con altri generi di oggetti normativi una situazione con quattro attori: un immigrato divenuto col tempo un negoziante di successo (Ali), una sua amica (Donna), un suo partner commerciale (Charles), e un gruppo locale di teppaglia razzista. Questi ultimi hanno progettato di assalire e malmenare Ali, e si apprestano a mettere in atto il loro piano: se non fosse che Donna è venuta a conoscenza dei loro intenti, e può intervenire per avvertire il suo amico in tempo. Però (c'è sempre un «però» in questi casi) per farlo deve entrare nell'ufficio di Charles, dove si trova una nota in cui Ali ha lasciato scritto al proprio socio come rintracciarlo. Il problema è che Charles al momento è irreperibile, ed è una persona nota per il suo attaccamento maniacale alla *privacy*: il socio di Ali considererebbe, infatti, l'irruzione da parte di Donna nel suo ufficio un affronto di prima categoria.

Partiamo dalle valutazioni di tipo deontologico. Nella valutazione deontologica (1) dove si

632A. Sen, *Rights and agency*, op. cit.

ammettano solo diritti di stampo negativo – di non interferenza – possiamo individuare due diritti astratti. Da una parte Ali ha certamente il diritto nei confronti dei teppisti di non essere picchiato. Dall'altra Charles ha un diritto nei confronti di Donna che il suo ufficio non sia violato. Essendo due diritti negativi – e quindi non interferendo tra loro – non si trovano in contrasto. Questo significa di fatto che Donna non può assistere il suo amico – se non violando un diritto e macchiandosi di una colpa. Inoltre, essa non ha alcuna responsabilità nei confronti di Ali: se i teppisti riuscissero nel loro intento, Donna comunque non sarebbe imputabile di alcunché, nonostante non sia intervenuta.

In una valutazione deontologica (1) dove si ammettano sia diritti negativi che diritti positivi ci troviamo di fronte a una situazione diversa. Abbiamo sempre due diritti – quello di Ali e quello di Charles – ma in questo caso il diritto di Ali sarà anche un diritto positivo oltre che negativo: genererà obblighi di non aggressione nei confronti dei teppisti, ma anche obblighi di soccorso nei confronti di Donna. L'esito della situazione dipenderà quindi dal bilanciamento tra il diritto positivo di Ali e quello negativo di Charles. Quale che sia la specificazione che si ottenga, anche in questo caso Donna non commetterà alcun tipo di colpa se si comporta correttamente.

In una valutazione deontologica (2) le cose si complicano. Per semplicità immaginiamo che esistano ragioni tali da considerare il diritto di Ali gerarchicamente superiore a quello di Charles. Donna quindi interviene e irrompe nell'ufficio: nonostante si sia comportata correttamente, deve comunque almeno una spiegazione a Charles – poiché ha comunque infranto un suo diritto.

Passiamo adesso a vedere come si comportano il modello consequenzialista. Definiamo poi il contributo dei vari attori alla realizzazione dello scopo collettivo a stato finale in modo che sia *positivo* per quanto riguarda i teppisti se riescono a malmenare Ali, per Ali invece se ce la fa a scapolarla, per Donna se riesce ad avvertire Ali, e per l'insensibile Charles se il suo ufficio non è violato. Il contributo sarà negativo per ognuno di questi attori nei casi opposti a quelli presentati precedentemente.

Adesso, è possibile dare un valore numerico al contributo positivo o negativo di ognuno degli attori alla massimizzazione dello scopo in modo tale che, a dispetto dei vari criteri di confronto che è possibile adottare (somma aggregata, diminuzione delle ineguaglianze, efficienza paretiana, ecc.), il risultato sia sempre il solito: secondo la valutazione consequenzialista, se i valori sono fissati in un certo modo, Ali *deve* essere picchiato, quindi Donna *non può* intervenire. E, si badi bene, non si tratterebbe di quantificare dei valori inusuali, oppure poco plausibili partendo dalle situazioni reali. Nel caso, per esempio, che si scelga di massimizzare il numero di desideri o aspirazioni, basterebbe che i teppisti siano soltanto due, e si cadrebbe già in un caso di questo genere. Adoperando invece come valuta l'utilità aggregata dei vari attori, è piuttosto semplice trovare quantificazioni convincenti in cui, sia quale sia il criterio di confronto adottato, esso giustifichi il pestaggio di Ali:

basta pensare infatti a quest'ultimo e a Donna nei termini di persone piuttosto soddisfatte della vita, e ai teppisti e a Charles come invece a dei disadattati privi di grandi opportunità di soddisfazione se non quelle date dai loro caratteri e ideali limitati⁶³³.

6.4.3 Limiti di questi modelli

Alla prova dei fatti tutti e tre i modelli di bilanciamento precedenti possiedono delle caratteristiche insoddisfacenti. Non si tratta né di un problema di coerenza, né di eleganza o di completezza, quanto un problema di efficienza e di appetibilità. Le valutazioni deontologiche (1) accompagnate da una teoria che si concentri esclusivamente sui diritti di tipo negativo cadono in quella forma di ragionamento per cui *fiat iustitia, pereat mundus*. Il piccolo desiderio di Charles, protetto da un altrettanto piccolo diritto è però sufficiente a impedire a Donna di aiutare Ali. Le valutazioni deontologiche (1) e (2) accompagnate da una teoria che faccia uso anche del concetto di diritti positivi non sono costrette a cadere in questo limite. Il secondo tipo di valutazione è superiore al primo, poiché incorpora la categoria di infrazione e permette una ricostruzione della situazione morale più complessa e fedele alle varie aspirazioni soggettive. Il problema di entrambe è legato in questo caso all'efficienza: rimane infatti da capire *come* decidere quale dei due diritti in gioco debba essere privilegiato. I due modelli ci dicono quali sono le conseguenze del bilanciamento, e come esso si svolga, ma non ci forniscono il contenuto del criterio di ordinamento – soltanto il fatto che esso debba essere lessicale, affinché non si cada in una valutazione consequenzialista.

Anche la valutazione consequenzialista sembra essere insoddisfacente. Essa permette di costruire casi in cui è possibile – anzi, doveroso – compiere gesta come quelle dei teppisti, calpestando i diritti di Ali, poiché ciò è richiesto dallo stato di affari perseguito come scopo collettivo della teoria. Questa conseguenza non dovrebbe sorprendere, poiché discende direttamente dalla struttura normativa di uno scopo collettivo a stato finale posto come elemento basilare di una teoria – come si è visto in precedenza. La situazione descritta nell'esempio di Sen non è altro, a ben vedere, che una variante tra le tante formulate per descrivere questo aspetto altamente insoddisfacente delle teorie utilitariste.

6.4.4 Diritti e utilitarismo

È in effetti oramai quasi un luogo comune filosofico affermare che l'utilitarismo – così come qualsiasi altra teoria consequenzialista basata su uno scopo collettivo a stato finale – sia di fatto incompatibile con una prospettiva che voglia accogliere il carattere *irriducibile* dei diritti. Tuttavia

⁶³³Sen stesso offre numerosi esempi a riguardo. Vedi *Rights and agency*, in particolare pp. 7-12.

c'è da riconoscere che parallelamente è esistita, fin dai tempi di John Stuart Mill⁶³⁴, una tradizione che ha cercato di inserire il discorso sui diritti nell'utilitarismo. Quale lezione si può trarre a proposito del ruolo dei diritti all'interno di una teoria utilitaristica?

L'utilitarismo può essere definito come la combinazione di due tesi normative. La prima di queste tesi è che il modello corretto per valutare da un punto di vista morale gli atti è quello consequenzialista. La seconda tesi è che la morale si basa su una qualche nozione di scopo collettivo a stato finale che coincide con la massimizzazione dell'utilità, in qualsiasi modo si possa definire questa: come piacere, felicità, benessere, preferenze, ecc.

Partendo da quest'ultima tesi appare subito evidente che vi è un ostacolo piuttosto grande nei confronti di un uso dei diritti, all'interno di una qualche teoria utilitarista, che ponga quest'ultimi come un genere di oggetto normativo necessario. L'utilitarismo dà infatti luce a un sistema normativo mononomico, mentre i diritti, se un ruolo lo hanno, sembrerebbe essere proprio quello di giustificare e organizzare un certo pluralismo a proposito dei valori. Come è stato notato⁶³⁵, le motivazioni che portano i teorici di matrice utilitarista a cercare di fondare a partire della propria concezione una nozione di diritti sembrano, almeno in apparenza, contraddittorie. Esse sono forse identificabili nel fatto che, come scrive Philip Pettit, “qualsiasi teoria morale è sospetta se i suoi effetti sono quelli di rendere gli agenti incapaci di prendere sul serio i diritti degli altri”⁶³⁶. Ma di là di quelle che potrebbero essere le legittime aspirazioni teoriche, il risultato non è affatto scontato, almeno per quello che riguarda il cosiddetto *utilitarismo dell'atto*, il quale concentra il proprio sforzo valutativo consequenzialista sulla singola azione. In questo caso, come si è potuto vedere nella precedente discussione sul bilanciamento, niente, per definizione, impedisce ai diritti di essere scavalcati da considerazioni basate sull'utilità. I diritti sono oggetti normativi riducibili, poiché non rappresentano nient'altro che una quota di «valore» riconosciuto dal sistema stabilita sulla base delle conseguenze che il loro esercizio ha nella situazione in cui è inserito l'agente, e qualsiasi insieme di aspirazioni diverse che riesca a mettere assieme una somma aggregata superiore a questo valore li cancellerà. Non meraviglia pertanto che un difensore dell'utilitarismo come Frey abbia ammesso senza troppi giri di parole che i diritti sono una categoria morale del tutto superflua⁶³⁷, e che uno

634Il riferimento d'obbligo qui è a J.S. Mill, *On liberty*, in *The collected works of John Stuart Mill*, op. cit., vol. XVIII. McCloskey, nel suo *Respect for human moral rights versus maximizing good*, in R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*, Basil Blackwell, Oxford 1985 sostiene che sono due gli considerazioni (fallaci) che hanno contribuito a diffondere l'idea che sia possibile per l'utilitarismo rendere giustizia al discorso sui diritti: da una parte un'attribuzione di significato all'assioma di correlazione che esclude ogni interpretazione di tipo giustificatorio, dall'altra il riconoscimento del fatto che la società umana implica la presenza di numerosi diritti sociali e legali.

635Vedi per esempio B. de Mori, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, ETS, Pisa 2002 p. 68.

636P. Pettit, *The consequentialist can recognise rights*, “The Philosophical Quarterly” 38-150 (1988), p. 42.

637R.G. Frey, *Act-utilitarianism, consequentialism and moral rights*, in R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*, op. cit., p. 63-4 e p. 66.

studioso di Mill come David Lyons, dopo aver inizialmente sostenuto la tesi per cui alcune formulazioni dell'utilitarismo potrebbero essere in grado di prendere i diritti sul serio⁶³⁸, abbia virato di centottanta gradi mostrando come la forma generale dell'utilitarismo sia ostile all'idea di diritti⁶³⁹.

Il discorso si potrebbe a questo punto complicare. Un teorico utilitarista potrebbe sostenere che con questo non si è dimostrato altro che un limite dell'utilitarismo dell'atto. Altri generi di utilitarismo, come l'*utilitarismo della norma*⁶⁴⁰, oppure la teoria dei due livelli di Hare⁶⁴¹, sono invece in grado di implementare i diritti. Secondo alcuni sarebbe addirittura necessario – per risolvere le problematiche legate alla coordinazione e altri limiti normativi – che un utilitarismo della regola adoperi la categoria dei diritti⁶⁴². Non entrò nel dettaglio della questione. La capacità della teoria hareana dei due livelli di riconoscere i diritti come qualcosa di necessario e non di meramente riducibile è stata discussa e criticata a fondo⁶⁴³. Allo stesso modo è molto dibattuta la questione dell'equivalenza estensionale tra l'utilitarismo dell'atto e l'utilitarismo della norma – per cui i due sistemi se ben formulati si equivarrebbero negli esiti⁶⁴⁴. C'è da dire a proposito di quest'ultimo caso che un utilitarismo della norma coerentemente formulato adotterebbe di fatto un modello di valutazione misto, distribuito localmente tra deontologia e consequenzialismo. Altrimenti, esso sarebbe davvero estensionalmente equivalente all'utilitarismo dell'atto. E ciò significa che, in pratica, una valutazione consequenzialista non è in grado di riconoscere uno spazio autonomo per i diritti senza abdicare parte del proprio dominio a considerazione di tipo deontologico.

6.4.5 Il consequenzialismo esteso di Sen

Ma procedendo in questa maniera si è dato per scontato che le forme di valutazione

638Vedi per esempio il suo *Human rights and the general welfare*, "Philosophy & Public Affairs" 6 (1977).

639D. Lyons, *Utility and rights*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of rights*, op. cit.

640Riguardo alla possibilità dei diritti all'interno di un utilitarismo della norma vedi R. Brandt, *Utilitarianism and moral rights*, "Canadian Journal of Philosophy" 14-1 (1984).

641A riguardo vedi R. Hare, *Moral Thinking*, op. cit., IX.

642Vedi per esempio T.M. Scanlon, *Rights, goals, and fairness*, "Erkenntnis" 2-1 (1977). Questo genere di considerazioni ricade nell'osservazione più generale già a monte della distinzione operata da Brandt in *Ethical theory*, op. cit. tra utilitarismo dell'atto e della regola, laddove il sostegno al secondo era basato sull'incapacità del primo di affrontare problemi di coordinamento proprio perché sprovvisto di principi deontici universali. C'è da dire che la presenza di diritti o altre norme deontologiche nell'ambito di un utilitarismo della regola non assicura – come portato alla luce da H.J. McCloskey, *A note on utilitarian punishment*, "Mind" 72 (1963) – che queste soddisfino a loro volta criteri di giustizia o di equità. In nome dell'utilità una teoria fondata sull'utilitarismo della regola potrebbe infatti avanzare principi e diritti ingiusti o iniqui.

643Oltre al già citato R.G. Frey, *Act-utilitarianism, consequentialism and moral rights*, in R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*, op. cit., vedi anche J.L. Mackie, *Rights, utility, and external costs*, in *Persons and values*, op. cit. (e la risposta di R.M Hare, *Rights, utility, and universalization. Reply to J.L. Mackie*, in R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*, op. cit.), B. de Mori, *Diritti morali ed etica normativa*, op. cit., pp. 71-6.

644L'argomento più sviluppato a favore dell'equivalenza estensionale si trova comunque in D. Lyons, *Forms and limits of utilitarianism*, Clarendon, Oxford 1965. Anche un'utilitarista come Smart sostiene l'equivalenza estensionale dell'utilitarismo della norma rispetto all'utilitarismo dell'atto in *An outline of a system of utilitarian ethics*, in J.J.C Smart & B. Williams, *Utilitarianism: for and against*, op. cit., II.

conseguenzialista dovessero sempre poggiarsi sulla cornice di teorie basate su scopi collettivi a stato finale. Alcune analisi filosofiche contemporanee hanno cercato di smontare questo paradigma, mostrando come l'utilitarismo – o più in generale le teorie basate su scopi collettivi a stato finale – non siano le uniche forme possibili di teorie consequenzialiste. Amartya Sen, in particolare, ha elaborato un sistema di valutazione conosciuto come «conseguenzialismo esteso» oppure come sistema dei «diritti come scopi» che, almeno nelle intenzioni del suo autore, si dovrebbe configurare come un modello di valutazione consequenzialista in grado di incorporare nella propria analisi anche considerazioni non basate sugli scopi.

È piuttosto nota la serrata critica svolta in questi ultimi trent'anni da Sen nei confronti dell'utilitarismo. Tra i tanti argomenti⁶⁴⁵ che la critica dell'economista e filosofo indiano condivide con le analisi compiute parallelamente da autori come John Rawls e Bernard Williams uno in particolare spicca in rapporto alla questione della contrapposizione tra teorie basate sui diritti e teorie basate sugli scopi – quello delle «preferenze adattative». Sen sostiene a più riprese⁶⁴⁶ che inserire considerazioni riguardanti il rispetto dei diritti è essenziale per giungere a un quadro morale ottimale, per il semplice fatto che i modi tradizionali in cui è stato declinato il valore centrale del calcolo utilitarista – la massimizzazione del benessere, delle preferenze o dei desideri – può risultare moralmente deficitario se ci soffermiamo un attimo a riflettere sul fenomeno della autolimitazione delle prospettive che coinvolge quelle categorie di agenti svantaggiati in termini di opportunità e risorse⁶⁴⁷. La percezione del proprio benessere e delle proprie aspettative da parte di questi soggetti è inficiata dalla loro condizione: ma questo fatto è irrilevante una prospettiva strettamente consequenzialista. Per risolverlo è necessario integrare un discorso sulla dignità, e impostare degli standard connessi al rispetto dei diritti che siano in grado di scavalcare in avanti le limitazioni auto-imposte delle proprie aspettative proprie di queste categorie di soggetti.

Nonostante il rifiuto dell'utilitarismo Sen non ha mai abbandonato l'idea che la cornice

645Per una panoramica complessiva alla critica dell'utilitarismo di Sen rimando a J.M. Alexander, *Capabilities and social justice. The political philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*, Ashgate, Burlington 2008, I.

646Sen scrive a proposito: “le forme più sfacciate di disuguaglianza e sfruttamento sopravvivono nel mondo trasformando i miserabili e gli sfruttati in propri alleati. Il perdente impara a sopportare il fardello così bene da perdere di vista il fardello stesso. Il malcontento è rimpiazzato dall'accettazione, la ribellione priva di speranze dalla quieta accettazione, e – cosa questa maggiormente rilevante per il nostro discorso – la sofferenza e la rabbia da un'incrollabile sopportazione. E dato che queste persone imparano, a causa delle necessità, ad adattarsi agli orrori esistenti, questi stessi orrori appaiono meno terribili nella metrica dell'utilità” (*Rights and capabilities*, in T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*, op. cit., p. 131). Sull'argomento vedi anche A. Sen, *Inequality reexamined*, Oxford University Press, Oxford 1992, p. 55. Uno studio pionieristico di questo problema delle «preferenze adattative» si trova in J. Elster, *Sour grapes – utilitarianism and the genesis of wants*, in A. Sen & B. Williams (a cura di), *Utilitarianism and beyond*, op. cit.

647Si può facilmente intravedere la nozione di *falsa coscienza* dietro questo argomento. Assieme ad Aristotele e Smith, Marx è probabilmente l'ingrediente più adoperato nell'eclettica cucina dell'ultimo Sen. Sulla questione vedi D.A. Clark, *Capability approach: its development, critiques and recent advances*, in D.A. Clark (a cura di), *The Elgar companion to development studies*, Edward Elgar, Cheltenham 2006.

conseguenzialista sia la migliore per impostare un discorso morale convincente. Questa pretesa si regge su tre idee di fondo. La prima è che sia possibile sganciare il metodo di valutazione consequenzialista da un'analisi dei valori strutturata a partire da scopi collettivi a stato finale, incorporando in essa considerazioni basate sui diritti. Secondo Sen ciò dà luce a una qualche forma di valutazione consequenzialista ibridata con elementi deontologici, poiché i modelli di valutazione deontologica o sono deficitari o devono essere compresi entro una cornice consequenzialista – e non viceversa.

Inoltre, secondo il nobel indiano una modalità di valutazione deontologica (1) che ammetta esclusivamente diritti negativi, come quella per esempio fatta propria da Nozick, è deficitaria perché non riesce a risolvere la questione delle catastrofi morali. La precedente analisi del caso di Donna, Ali e Charles ha mostrato una di queste situazioni⁶⁴⁸. Le valutazioni deontologiche (1) o (2) che non si limitino a prendere in considerazione solo i diritti negativi devono invece impiegare necessariamente lo strumento della valutazione consequenzialista per bilanciare i diritti. Conseguentemente questo genere di modelli di bilanciamento fuoriescono dal campo strettamente deontologico, per entrare in quello misto o in quello consequenzialista esteso proposto da Sen⁶⁴⁹. Ma perché non è possibile concepire piuttosto questo genere di valutazione come forme di deontologia ibridate con elementi consequenzialisti? Sen del resto non sembra essere molto distante da autori che hanno proposto teorie deontologiche dove i bilanciamenti sono tuttavia permessi⁶⁵⁰. La risposta al quesito si trova nella terza idea di fondo che guida la proposta di Sen.

Secondo Sen, infatti, il metodo consequenzialista di valutazione delle azioni è l'unico che permette di costruire una nozione di responsabilità adeguata. Solo il consequenzialismo ci permette di considerare una data azione morale in relazione alle responsabilità che essa comporta, obbligandoci a estendere il nostro sguardo oltre noi stessi⁶⁵¹. L'importanza della nozione di responsabilità ci obbliga ad adoperare un approccio misto – o esteso – e a cercare di mantenere la presa sull'elemento consequenzialista subordinando a questo quello deontologico.

In questo modo secondo Sen è possibile costruire un approccio alla questione del bilanciamento che sia in grado di coniugare un ruolo necessario e non più subordinato per i diritti mantenendo allo

648Si è visto in precedenza (vedi il paragrafo [5.1.1]) la clausola che Nozick pone come limite al suo deontologismo estremo. Il problema in questa maniera è però soltanto scansato, e non affrontato, poiché Nozick non affronta la questione, se è vero che esistono casi in cui la modalità di valutazione consequenzialista può prendere il sopravvento, di *quando* questo possa accadere, e *perché* solo in questi casi e non in altri – o addirittura in tutti.

649La questione a riguardo è piuttosto chiara anche nel caso del modello deontologico (2) che adopera la distinzione tra infrazione e violazione: a proposito vedi A. Sen, *Rights and agency*, op. cit., pp. 6-7 (nota 8).

650Ed è per questo motivo che Biondo afferma – a mio avviso erroneamente – che quella di Sen sia una “teoria deontologica, ma «attenta alle conseguenze»” (vedi F. Biondo, *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino 2003, p. 53).

651Riguardo alla connessione tra consequenzialismo e responsabilità delle proprie azioni vedi in particolar modo A. Sen, *Consequential evaluation and practical reason*, “The Journal of Philosophy” 97-9 (2000) e A. Sen, *The idea of justice*, op. cit., pp. 21-3.

stesso tempo i benefici dell'analisi consequenzialista – compresa la sua capacità di fornire criteri di ordinamento efficienti. Inoltre, un approccio di questo genere è in grado di inserire elementi di relatività posizionale all'interno dell'analisi consequenzialista. Si ricorderà⁶⁵² che una prospettiva basata su uno scopo collettivo a stato finale è neutrale dal punto di vista dell'agente: questo genere di teorie “non è veramente interessato nelle persone in quanto tali, (...) una persona è vista da un'utilitarista nient'altro che come il *luogo* dove quella cosa preziosa chiamata felicità si manifesta”⁶⁵³. Sen costruisce invece tutta una serie di argomenti, la cui forza non è possibile valutare qui, per mostrare come in una prospettiva consequenzialista svincolata da una cornice basata sugli scopi sia possibile rendere conto efficacemente di alcuni aspetti della relatività dell'agente rispetto alla propria posizione⁶⁵⁴.

6.4.6 Il modello di bilanciamento connesso con il consequenzialismo esteso

Ma non è semplice estrapolare un modello chiaro di come potrebbe funzionare il bilanciamento dei diritti secondo Sen. L'unica affermazione diretta che si ritrova nei suoi scritti riguarda l'esigenza di tenere in alta considerazione il rispetto dei diritti nella valutazione. È possibile ricavare però una serie di conclusioni a partire dalle sue tesi più generali, e dalle risposte che ha dato alle critiche.

Anzitutto è chiaro che il peso dei diritti è superiore a quello degli scopi collettivi considerati moralmente rilevanti dal sistema. I diritti inoltre non formano dei vincoli collaterali di peso assoluto, come per esempio avviene nel modello deontologico (1). In quest'ultimo modello è come se i diritti avessero un valore – nei termini della valuta impiegata per ordinare quantitativamente gli stati d'affari descritti dagli scopi – *infinito*, per cui nessuna somma aggregata di questa valuta può risultare maggiore. Ma è evidente da ciò che Sen afferma in più punti⁶⁵⁵ che i diritti possono essere in alcuni casi scavalcati da considerazioni legate a scopi collettivi. Questo implica che da una parte il loro valore può essere tradotto in termini quantitativi al fine di questo confronto, e dall'altra che questo valore sarà sì grande, ma non infinito. Da qui si possono stabilire approssimativamente le caratteristiche di questo modello nella seguente maniera:

(iv). *Valutazione consequenzialista estesa*. Gli assunti di questo modello di bilanciamento sono i seguenti: le rivendicazioni connesse con un diritto possono in teoria essere sempre scavalcate da considerazione di natura consequenzialista basate su scopi collettivi a stato finale che abbiano un

652Vedi il paragrafo [6.3.5].

653A. Sen, *Rights and capabilities*, in T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*, op. cit., p. 131.

654Vedi in particolare A. Sen, *Rights and agency*, op. cit., pp. 21-39. L'argomento è anche affrontato in A. Sen, *Well being, agency and freedom. The Dewey Lectures 1984*, “The Journal of Philosophy” 82-4 (1985). Scanlon analizza e critica la sopravvalutazione della posizionalità dell'agente nella diatriba tra consequenzialismo e deontologia in T.M. Scanlon, *Symposium on Amartya Sen's Philosophy: Sen and consequentialism*, “Economy and Philosophy” 17 (2001).

655Vedi per esempio A. Sen, *Legal rights and moral rights*, op. cit., p. 160.

peso superiore nella «valuta» implicata dal criterio di ordinamento quantitativo adottato dal modello; i diritti però, *possiedono un peso specifico superiore rispetto all'effettivo valore determinato dalle mere conseguenze connesse col loro rispetto espresse in questa valuta, poiché tengono conto di caratteristiche non immediatamente quantificabili come la dignità degli agenti, i vincoli deontologici riconosciuti e altri aspetti legati alla posizione relativa dei soggetti coinvolti. La valutazione consequenzialista estesa assegna quindi un valore indipendente nella valutazione al rispetto o alla violazione dei diritti all'interno dello stato di affari esaminato.*

Riassumendo: integrare i diritti all'interno di una valutazione di tipo consequenzialista evitando al contempo che questa sfumi in una valutazione puramente deontologica delle azioni, oppure che i diritti perdano completamente rilevanza nei confronti della valuta consequenzialista adottata, significa dare a essi un peso superiore rispetto a quello prodotto dalle loro mere conseguenze⁶⁵⁶, un peso che però non deve essere in linea di massima infinito⁶⁵⁷. I diritti sono degli importanti vincoli all'interno di una valutazione, senza essere incommensurabili: si tiene conto dello spazio morale degli interessi che circonda gli individui, senza considerarlo per questo un perimetro assoluto di inviolabilità.

Ma il modello, così come è formalizzato, è troppo grossolano, poiché si espone a tutta una serie di errori comuni nella «matematica morale» che accompagna le valutazioni consequenzialiste⁶⁵⁸. Per

⁶⁵⁶Sen in *Legal rights and moral rights*, op. cit., asserisce che politiche basate sui diritti possono offrire risultati in termini delle conseguenze effettivi *migliori* rispetto a politiche strettamente consequenzialiste. L'affermazione, sebbene possa essere letta come un semplice tentativo di «rassicurare» il consequenzialista più rigoroso di fronte alla penetrazione dei diritti nel suo dominio, non è di facile interpretazione: essa sembrerebbe spingere l'argomentazione di Sen in favore di un consequenzialismo esteso verso una sorta di «consequenzialismo della norma». Uno dei motivi classici di insoddisfazione verso l'utilitarismo dell'atto da parte degli utilitaristi della norma è l'incapacità da parte del primo di riconoscere la finitezza dell'agente nei confronti della quantità di informazioni che egli dovrebbe accumulare durante il calcolo dell'azione migliore. La norma interviene aappare questa falla, come sorta di «euristica» la quale, sebbene possa risultare a volte insoddisfacente riguardo al singolo caso, sul lungo periodo è lecito aspettarsi che dia frutti migliori in termini di utilità rispetto alla situazione in cui gli agenti sono lasciati da soli. Negli esempi portati da Sen riguardo a politiche sulla crescita economica o sul contenimento demografico i diritti sono portati come esempio di *pratiche* non consequenzialiste che sono in grado di ottenere *conseguenze* migliori in questi campi rispetto a pratiche di stampo strettamente consequenzialistico. Isolando esclusivamente questo ragionamento sull'utilità si potrebbe considerare ogni considerazione deontologica ancora presente nel contesto del consequenzialismo esteso di Sen vuota. Senza pretendere di esaurire qui la questione, che meriterebbe sicuramente di essere approfondita, c'è da riconoscere che la posizione dell'economista indiano è molto più complessa, e la sua difesa dei diritti si estende oltre a questo argomento pragmatico. Gli elementi di principio all'interno del consequenzialismo esteso se funzionano in chiave di utilità prodotta lo fanno proprio in virtù di elementi questi che sono irriducibilmente deontologici.

⁶⁵⁷Un peso di questo genere sarebbe del resto molto difficile da giustificare entro la cornice anti-realista in cui abbiamo impostato un discorso. Per una discussione di questo punto vedi J.L. Mackie, *Ethics*, op. cit., pp.154-7. Mackie, come Pettit (*The consequentialist can recognise rights*, op. cit.), sottolinea però il fatto che questo genere di vincoli deontologici deve essere in grado di reggersi sui propri piedi – e non su considerazioni esclusivamente consequenzialiste – per essere efficace. Gli elementi deontologici, sebbene non abbiano un valore infinito, devono avere un valore autonomo – altrimenti si cade in una qualche forma di «consequenzialismo della norma» (vedi a proposito la nota precedente), un genere di valutazione diverso e più vicino al consequenzialismo classico rispetto al consequenzialismo esteso.

⁶⁵⁸Per l'espressione «matematica morale» e alcuni tipici errori di questo genere vedi D. Parfit, *Reasons and persons*, op. cit., pp. 67-86.

quanto alto possiamo fissare il prezzo da pagare per l'accantonamento di un diritto all'interno di una valutazione consequenzialista estesa, esso è sempre suscettibile di essere coperto attraverso una somma aggregata di benefici più «piccoli» rispetto a quelli assicurati da un diritto. Sen quando esemplifica le motivazioni che possono portare alla messa da parte di un diritto in favore di considerazioni di natura collettiva, oppure legate al rispetto di altri diritti, adopera sempre esempi piuttosto eclatanti: il diritto alla *privacy* di Charles nei confronti di quello all'integrità corporale di Ali, i diritti civili di fronte a forti sconvolgimenti sociali che possono provocare centinaia di morti, i diritti di proprietà come ostacolo per la risoluzione di carestie – sono questi gli esempi preferiti dal Nobel indiano, e puntano tutti verso conclusioni scontate. Il problema però non è tanto la plausibilità di singoli casi, ma i principi generali che se ne possono ricavare: e qui il principio è che sebbene i diritti possiedano un valore gonfiato rispetto alle considerazioni di natura consequenzialista basate su scopi collettivi, hanno comunque un valore che è confrontabile in maniera quantitativa nei confronti di somme aggregate di benefici di altro genere.

Samantha Brennan ha invitato a considerare come un buon principio di una matematica morale quello per cui non dovrebbe essere possibile barattare una vita umana con la possibilità di alleviare un numero anche infinito di mal di testa⁶⁵⁹. Si tratta di un caso iperbolico, ma che va a cogliere la forma generale di innumerevoli casi di questo tipo che si possono verificare in una valutazione consequenzialista che accolga il principio della somma aggregata dei benefici e dei mali per giungere a una deliberazione. E in cui cade, pertanto, anche il modello consequenzialista esteso che si è ricavato partendo dalle tesi di Sen⁶⁶⁰. Torniamo al caso di Ali, e pensiamo che Donna per avvertire l'amico debba violare non solo l'ufficio di Charlie, ma tanti altri uffici di personaggi altrettanti insensibili e riservati. Per quanto importante possiamo valutare il diritto di non essere malmenato di Ali, se esso non ha valore infinito vi sarà un numero n di Charlie dopo il quale non sarà più possibile per Donna cercare di salvare l'amico.

Il consequenzialismo esteso, per quanto generalmente valido, deve essere quindi ulteriormente raffinato in modo che possa affrontare i casi più complicati di valutazione. Quale potrebbe essere il modo? Non può che essere quello di introdurre un criterio di ordinamento lessicale che impedisca di disarticolare in unità basilari – in una valuta omogenea e astratta – le varie rivendicazioni protette da un diritto. Non si tratta di uno schema valutativo così di fuori della realtà: di fatto applichiamo questo modo di ragionare tutti i giorni nelle nostre considerazioni economiche. Un pugno di sale,

659Vedi il suo S. Brennan, *Moral lumps*, "Ethical Theory and Moral Practice" 9 (2006). Un caso analogo è discusso anche da T. Scanlon, *What we owe to each other*, op. cit., p. 235.

660Probabilmente non in maniera del tutto univoca – dal momento che Sen è pronto a riconoscere alcune forme di relatività posizione dell'agente, e quindi la possibilità che in determinati casi questa equivalenza tra vita umana e n mal di testa non sia riconosciuta. In ogni caso, però, sebbene non possa essere considerato un principio universale, esso è pur sempre un principio *possibile*.

per esempio, ha un valore che non è il corrispettivo della somma del valore dei singoli granelli, per il semplice fatto che il valore d'uso di un singolo grano di sale è nullo, e pertanto non possiamo aspettarci che abbia un valore di scambio interessante. Se vogliamo dare un valore ai diritti, senza farne dei feticci come nella concezione deontologica più stretta, dobbiamo adoperare un simile modo di ragionare per quanto riguarda il loro valore. Dobbiamo riconoscere che un fatto morale ha un valore che non è indipendente dalla sua complessità e non può pertanto essere scomposto in pezzettini omogenei la cui somma abbia lo stesso peso nella valuta morale impiegata. Ma ciò implica che si adoperi un ordinamento lessicale di qualche genere al fine di scardinare la struttura meramente quantitativa della valutazione consequenzialista.

6.4.7 *Indice lessicale e utilitarismo dei diritti*

Non basta quindi assegnare un valore aggiuntivo indipendente dalle conseguenze per giungere a un modello soddisfacente di bilanciamento. Bisogna riconoscere che il valore di un dato bene morale protetto da un diritto è lessicalmente superiore alla quantità di valore espressa dalla somma delle parti di questo bene – e questo per le ragioni di matematica morale espresse in precedenza. Ciò non è esente da problematiche. Ve ne sono due in particolare: la prima è come stabilire una tale indicizzazione lessicale. La seconda è come comportarsi di fronte al bilanciamento tra diritti che appartengono alla stessa categoria lessicale.

Un modello interessante per ordinare i diritti e le loro rivendicazioni è stato proposto da John Leslie Mackie nel suo *Can there be a right-based moral theory?*, ed è il seguente:

“Possiamo raffigurarci la situazione attraverso un modello in cui ciascuna persona è raffigurata da un punto di attrazione, e le forze (rappresentanti i diritti *prima facie*) obbediscono alla legge dell'inverso del quadrato, in modo che il peso di un diritto decresce con la lontananza delle questioni che coinvolge dalla persona che detiene il diritto in questione. Vi saranno in questo modo alcune questioni così vicine a ciascuna persona che, i diritti cui fanno riferimento avranno quasi sempre più peso di ogni altro aggregato di diritti, sebbene sia chiaro che, a volte, potranno presentarsi situazioni tali per cui interessi personali egualmente vitali di due o più persone entrino tra loro in conflitto.”⁶⁶¹

Il modello è interessante perché non accenna a diritti di stampo assoluto, e non adopera metri di valutazione quantitativa impersonali. Ma vi è un problema: i diritti importanti avranno “*quasi*

661J.L. Mackie, *Can there be a right-based moral theory?*, in *Persons and values*, op. cit., p. 115

sempre più peso di un ogni altro aggregato”. Fermo restando quindi la validità di un simile modello di bilanciamento per giungere a una valutazione non quantitativa della forza dei singoli diritti in un contesto *dinamico* – in un contesto che coinvolga ovvero più agenti – è necessario rinvenire degli elementi che rendano possibile un ordinamento lessicale *statico* – ovvero posto in una dimensione quanto più condivisa. È questo non può avvenire fuori di una teoria del valore. È impensabile, dati i punti di partenza anti-realisti pensare che sia possibile fondare una qualche teoria del valore universalmente valida – figuriamoci una che sia poi riconosciuta come tale. Ma allo stesso tempo appare necessario ricercare a proposito un fondamento che sia quanto più possibile condivisibile – e pertanto generale – di modo da dare una base ultima a questo genere di ordinamento lessicale laddove non bastino né le nostre intuizioni, né i metodi di ordinamento come il precedente. Questo significa fare riferimento a quel tipo di razionalità condivisa di cui parlavo in apertura di questo capitolo, nel paragrafo [6.1.1] e ricercare una forma di equilibrio dei principi di fondo *metastabile*. La natura pubblica della morale in senso stretto è tale per cui anche i suoi stessi fondamenti, come avviene per i legni della nave di Neurath, sono sistemati di volta in volta dai suoi partecipanti in pieno mare.

Un altro elemento centrale per ampliare il nostro modello di bilanciamento è quello riguardante i conflitti tra diritti dello stesso rango lessicale. Come decidere in questi casi? Prendiamo a tal proposito un altro caso limite. Si tratta di una situazione descritta e commentata per la prima volta da Frances Kamm⁶⁶². Un attentatore mette in moto una data catena causale per cui cinque persone moriranno. Successivamente ritorna sui suoi passi e decide di salvare i cinque prima che diventino sue vittime: soltanto che per fare questo deve uccidere un'altra persona. Chiaramente la scelta iniziale di uccidere le cinque persone è sbagliata, ma nella situazione in cui si trova, è giusto per l'attentatore uccidere la sesta persona per salvare le altre cinque⁶⁶³? Rispondendo affermativamente si cade in una versione piuttosto ristretta del cosiddetto *utilitarismo dei diritti*.

L'utilitarismo dei diritti è quella posizione per cui, a parità di ordinamento lessicale dei diritti in gioco, va compiuta l'azione che minimizza il numero delle infrazioni⁶⁶⁴. Si può parlare di utilitarismo dei diritti anche in contesti consequenzialisti più ampi – come un generico inserimento della minimizzazione della violazione dei diritti in una valutazione consequenzialista *standard*⁶⁶⁵.

662F. Kamm, *Morality, Mortality. Vol. II: Rights, duties and status*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 239-43.

663Thomas Scanlon sostiene, a mio avviso giustamente, che riguardo a questo problema non fa differenza, in questo caso, che il «salvatore» abbia la stessa identità di chi abbia creato la situazione moralmente critica (vedi il suo *Symposium on Amartya Sen's Philosophy: Sen and consequentialism*, op. cit., p. 47). Una conseguenza analoga è data anche da Kamm (*Morality, Mortality*, op. cit., p. 243).

664L'espressione «utilitarismo dei diritti» è stata coniata da R. Nozick (vedi il suo *Anarchy, state and utopia*, op. cit. pp. 28-9). Nozick rigetta questo modo di concepire i diritti, in favore della sua teoria del vincolo collaterale. Kamm, nel suo *Harming some to save others*, “*Philosophical Studies*” 57 (1989), critica l'utilitarismo dei diritti definendolo “«futilitarismo» dei diritti” (p. 252).

665Per una efficace discussione di questa forma più ampia dell'utilitarismo dei diritti – e una sua critica – vedi B. de

Ma nel contesto di questa problematica farò riferimenti esclusivamente a questo senso limitato.

Contro questa posizione sono state sollevate obiezioni di natura logico-formale. Secondo questo genere di obiezioni, dal momento che un diritto esprime nella sua natura essenziale l'inviolabilità della persona – e non è possibile difendere questa attraverso una violazione della medesima, pena cadere in una inconsistenza logica⁶⁶⁶. Ma la violazione della persona in realtà non è l'unica funzione normativa veicolata dai diritti, e non può pertanto essere considerata come la componente essenziale di questo genere di oggetto normativo. L'inviolabilità di un diritto in questo senso non dipende dal diritto stesso, ma dalla inviolabilità dei soggetti che ne sono titolati. E alcuni diritti non fanno riferimento all'inviolabilità della persona: i diritti connessi con un ruolo, o quelli che derivano dalla partecipazione a una qualche istituzione.

Lo sbocco teoretico di un conflitto pratico tra diritti appartenenti a uno stesso livello lessicale è pertanto o l'*impasse*, oppure un bilanciamento basato sull'utilitarismo dei diritti. Date le esigenze di una morale in senso stretto dovrebbe essere chiaro che la soluzione da adottare sia quella di sciogliere il nodo gordiano attraverso l'applicazione dell'utilitarismo dei diritti – limitandone al massimo l'uso. Tuttavia, non credo che questa sia una soluzione percorribile in ogni caso. In particolar modo non credo sia una soluzione moralmente pacifica per quanto riguarda la situazione descritta da Kamm. L'utilitarismo dei diritti è uno strumento grossolano – che entra in gioco quando tutto il resto ha fallito – e non può essere considerato moralmente esente da problemi. Il suo contesto è legittimato unicamente dal guadagno teoretico che si è ottenuto in precedenza attraverso la distinzione tra infrazione e violazione – poiché è possibile stemperare la sua azione livellatrice attraverso l'idea di compensazione. Ma ci sono casi dove questo genere di compensazione non è possibile. Tutte le azioni sono irrimediabili, ma le azioni che si concludono con la morte di qualcuno lo sono in un senso del tutto unico. In alcuni casi è possibile procedere con l'applicazione dello strumento dell'utilitarismo dei diritti anche laddove vi siano in ballo diritti alla vita, affidandoci in questo caso a soluzioni *ex ante*⁶⁶⁷, ma nella maggior parte ciò non è possibile, poiché

Mori, *Diritti morali ed etica normativa*, op. cit., pp. 76-7.

666Sul valore dell'inviolabilità dei diritti vedi T. Nagel & F. Calori, *La valeur de l'inviolabilité*, "Revue de métaphysique et de morale" 99 (1994); T. Nagel, *Personal rights and public space*, "Philosophy and Public Affairs" 24 (1995); F. Kamm, *Non-consequentialism, the person as an end-in-itself, and the significance of status*, "Philosophy and Public Affairs" 21 (1992). Secondo Nagel e Calori l'inviolabilità che i diritti forniscono alle persone è l'unica caratteristica centrale dei diritti: "poiché qual è il valore che una morale senza diritti mancherà di riconoscere e di realizzare? Questo valore sembra essere né più né meno che l'esistenza dei diritti, per i quali «inviolabilità» è un altro nome" (*La valeur de l'inviolabilité*, op. cit., p. 159). Questo suggerimento è sicuramente prezioso, ma potrebbe essere pericoloso trarne delle conseguenze indubitabili senza aver prima discusso la validità della teoria deontologica del valore da cui discende. L'articolo dove la questione dell'inviolabilità è posta originalmente è, in ogni caso, F. Kamm, *Harming some to save others*, op. cit.. Una discussione di questi problemi si trova in A.I. Applbaum, *Are violations of rights ever right?*, "Ethics" 108 (1998).

667Ho descritto questa soluzione «rawlsiana» di alcuni dilemmi simmetrici morali nel mio già citato *Dilemmi simmetrici e diritti morali delle vittime*, in A. Da Re & A. Ponchio (a cura di), *Il conflitto morale*, op. cit.. Per una discussione sulla possibilità di giustificare soluzioni ai conflitti postulando una situazione *ex ante* vedi anche A.I.

non vi è alcuna possibilità di compensare.

6.4.8 *Tra consequenzialismo e deontologia*

Il modello di bilanciamento più solido – ovvero il più coerente e normativamente appetibile – che è stato possibile designare si muove quindi in bilico tra consequenzialismo e deontologia. Avevo già messo in dubbio nella serie di paragrafi la possibilità che gli oggetti normativi che cadono entro la categoria degli scopi collettivi a stato finale fossero dei buoni candidati per un ruolo basilare di una morale in senso stretto, e la discussione sui modelli di bilanciamento consequenzialisti tradizionali dovrebbe aver concluso questa critica. Allo stesso tempo però dovrebbe essere emerso quanto una impostazione strettamente deontologica dei diritti sia problematica. È necessario quindi inserire nella nostra descrizione elementi di valutazione appartenenti a entrambi gli stili di ragionamento. I diritti, sebbene siano sicuramente più appetibili come mezzi per giungere a una morale in senso stretto soddisfacente rispetto agli scopi, non possono essere considerati come delle carte vincenti sempre e comunque, ma vanno commisurati anche con considerazioni legate alle conseguenze dei nostri atti. Si è indicata tutta una serie di misure da prendere per fare in modo che questo non significhi cadere in una concezione strumentale dei diritti. Nel valutare la nostra azione dobbiamo assegnare un peso importante alla violazione o al rispetto dei diritti. Questo a sua volta non significa che il valore di un diritto possa essere ricondotto alla somma delle sue parti. Anche nel contesto di una valutazione consequenzialista le istanze portate avanti da un diritto vanno valutate nella loro interezza e necessitano pertanto di un ordinamento che è lessicale prima di essere quantitativo. Si può ottenere un buon ordinamento di questo genere attraverso il libero bilanciamento degli interessi dei vari agenti che si rifaccia al modello del campo di forze: ma questo non basta. Sullo sfondo è necessario che vi sia una teoria del valore quanto più generale possibile. E quando all'interno delle varie categorie lessicali si viene a creare un'impasse è poi possibile – in determinati casi – adoperare il maglio dell'utilitarismo dei diritti, consci del fatto che questo è uno strumento eccezionale che non può essere considerato applicabile in ogni evenienza.

Questo modello non è perfetto. È sicuramente poco elegante, poiché si basa su diversi strati di considerazioni, e non su un qualche principio unico e generale. Inoltre non è completo, sebbene tenda alla completezza. Ma è più appetibile e praticabile dei rivali: e per questo motivo è migliore di essi. Per essere ultimato ha bisogno di una proposta di sfondo legata a una teoria dei valori. È quello che proverò a fare adesso.

Applbaum, *Are violations of rights ever right?*, op. cit., e F. Kamm, *Conflicts of rights*, in *Intricate ethics*, op. cit., pp. 272-5.

6.5 Diritti e valori

Un modo alternativo per leggere la sostanza di un sistema normativo è vederlo come un modello di allocazione di determinati beni *moralmente rilevanti*. Ogni sistema normativo, infatti, non è altro che modo per distribuire un qualche genere di valuta morale ai suoi partecipanti. Valuta e modello di distribuzione sono aspetti complementari e non isolabili se non in astratto. Il tipo di valori considerato centrale determinerà infatti il modo in cui distribuire i beni moralmente rilevanti, e viceversa: non ha senso, per esempio, parlare di eguaglianza se non si risponde alla domanda *eguaglianza di che cosa*. In questa ultima parte lavorerò a entrambi gli aspetti, cercando di individuare quali valori sono più adatti a essere posti come base per i diritti – intendendo questi come gli oggetti normativi basilari di una teoria morale. Quali beni moralmente rilevanti devono essere allocati – e come – da un sistema normativo morale ideale basato sul modello di diritti astratti elaborato in precedenza?

Esaminerò brevemente un ventaglio di proposte, per cercare di arrivare a una valutazione nella parte finale di questo lavoro. Queste proposte saranno nell'ordine: desideri e preferenze, libertà negative, beni *tout court*, beni primari, necessità, benessere, risorse e capacità. Ma prima di cominciare, proporrò un argomento a favore dell'eguaglianza nella distribuzione dei beni moralmente rilevanti.

6.5.1 Un argomento a favore dell'eguaglianza

Il discorso dei diritti è costitutivo rispetto a un discorso sulla dignità. In particolar modo, esso è costitutivo rispetto al discorso sulla dignità umana così come esso è stato impostato all'interno della nostra cultura moderna. È qui che risiede un punto strutturale piuttosto potente di una morale basata sui diritti, e più in generale, di ogni teoria normativa che prenda i diritti sul serio.

Esiste però una preconditione generale affinché si possa dare questo rapporto costitutivo. Ed è quella dell'*eguaglianza*. I diritti astratti non danno origine a una nozione di dignità *particolare* e *individuata*, bensì a una che inerisce all'eguale valore di tutti i soggetti titolati. Una teoria dei diritti astratti che non tenesse in conto l'*universalità* della nozione di dignità – e quindi l'universalità stessa dei diritti che la compongono – scardinerebbe i suoi principi fondamentali. Essa diventerebbe una teoria riguardo a diritti particolari e contingenti – *privilegi*, e non diritti in senso stretto. L'ordinamento che essa produrrebbe sarebbe o moralmente irrilevante e infondato – poiché contingente – oppure moralmente rilevante esclusivamente sul piano di una società organicamente intesa – e non più su quello dei singoli attori che ne prestano parte. Un'ideale di giustizia che non sia organico, oppure arbitrario, non può quindi che implicare un qualche tipo di diritto fondamentale *all'equità nel trattamento, nella considerazione e nel rispetto*. Ma da qui segue che, prima ancora di

comprendere che cosa significhi nello specifico eguaglianza – quali siano le distribuzioni normative eque cui essa dà luogo – è necessario argomentare in suo favore.

L'equità di trattamento e l'universalità della dignità sono concetti che nascono all'interno di un contesto religioso, o alternativamente in un contesto metafisicamente pesante. La scelta della cornice operata in precedenza non ci permette di seguire queste strade. È stato notato che l'idea di equità di trattamento è perfettamente compatibile con le differenze fattuali esistenti tra i vari soggetti morali. L'equità di trattamento è prima di tutto un fatto normativo, che non coincide con un'ipotesi quanto improbabile eguaglianza fattuale dei soggetti⁶⁶⁸. Un fatto normativo, però, necessita comunque di essere giustificato. E come giustificare l'eguaglianza, quella quella che è stata definita⁶⁶⁹ la «virtù sovrana»?

Louis Pojman⁶⁷⁰ ha cercato di fare un po' di ordine nella pletora delle giustificazioni «secolari» di questa nozione, analizzando le numerose strategie adottate nella letteratura sull'argomento⁶⁷¹. Il risultato di quest'operazione di sistematizzazione e di vaglio è piuttosto desolante. Quella parte delle strategie che non parte da argomenti fallaci o discutibili finisce inevitabilmente per assumere l'eguaglianza come un dato primitivo e non argomentabile.

E non è del resto neanche possibile affermare che l'eguaglianza è una nozione *necessaria* al fine di avere un qualche genere di discorso normativo coerente. Si è spesso posta l'universalizzabilità dei giudizi morali come un requisito minimo ed essenziale del ragionamento pratico, ma a ben vedere non è così, almeno *prima facie*. Sono esistite teorie morali dove l'opzione di una eguale dignità di tutti i soggetti non era presa in considerazione, basti pensare alla difesa aristotelica della schiavitù naturale o alla teoria delle tre stirpi di Platone⁶⁷². E queste e altre simili non sono affatto teorie incoerenti. Siamo quindi condannati a considerare l'eguaglianza un postulato indimostrabile?

Non credo. Se ribaltiamo l'onere della prova sulle teorie «aristocratiche», «meritocratiche»⁶⁷³ o

668 Sulla natura prescrittiva dell'equità di trattamento vedi per esempio P. Singer, *Animal liberation. Updated edition*, Harper, New York 2002, pp. 1-5. Interessante a proposito anche il commento alle prime righe della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 di Jeanne Hersche, in *L'exigence absolue de la liberté*, op. cit., p. 110.

669 R. Dworkin, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000.

670 L.P. Pojman, *Are human rights based on equal human worth?*, "Philosophy and Phenomenological Research" 52 (1992).

671 Pojman individua dieci generi di strategie di giustificazione: a) a partire dalla necessità di agire coerentemente (Peters, Benn, Rachels); b) considerare l'equità come un dato primitivo e fondamentale (Dworkin); c) affidarsi a un impegno «esistenziale» (Nielsen); d) a partire dalla non interferenza con la libertà altrui (Nozick); e) a partire dalla analogia tra la società morale e la della famiglia (Vlastos); f) a partire dalla necessità pragmatica della nozione di equità (Feinberg); g) a partire dall'argomento utilitarista per cui tutti devono contare per uno (Singer); h) a partire da un argomento di stampo coerentista (Nielsen); i) a partire dalla struttura dell'azione (Gewirth, Nagel); l) a partire dalla personalità morale e dalla posizione originaria (Rawls). Sul problema del rapporto tra fondazione dei diritti in chiave egualitaria e morali elitarie si è soffermato anche Kai Nielsen, nei suoi *Scepticism and human rights*, "The Monist" 52-4 (1968) e *Grounding rights and a method of reflective equilibrium*, "Inquiry" 25 (1982).

672 La nozione di dignità propria dei greci – *axia* – era completamente diversa dalla nostra, in quanto personale e individuata. Sulla questione rimando nuovamente a U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, op. cit., I.

673 Colgo l'occasione per sottolineare che il termine «meritocrazia» nella sua accezione originaria è stato coniato da

«ineguagliarie», possiamo costruire un argomento a favore dell'eguaglianza, il quale, sebbene non permetta di fondare in senso forte questa nozione, ci garantisce almeno una certa plausibilità. Se osserviamo infatti la forma che hanno preso storicamente le difese secolari della nozione di eguaglianza noteremo che esse sono state sempre prima di tutto delle *critiche* dell'antropologia a monte delle teorie «aristocratiche», laddove «critica» ha contemporaneamente il significato di dissoluzione di un punto di vista sotto il peso dei suoi stessi limiti, e di costituzione di un nuovo sapere. Partiamo quindi da qui.

Accettando la diseguaglianza di una teoria normativa aristocratica creiamo delle sacche di soggetti spogliati del tutto o in parte dei loro diritti, e “dobbiamo essere preparati a spiegare, a quanti soffriranno in questo modo, perché nonostante tutto sono stati trattati in maniera equa rispetto a ciò che è loro dovuto”⁶⁷⁴. Per spiegarlo dobbiamo fare riferimento a una nozione di dignità umana ineguale, o di merito ineguale, o di costituzione ineguale. Ma tanto la dignità uguale è sfuggente da un punto di vista della giustificazione normativa di questo concetto quanto lo è la dignità diseguale. La nozione di merito invece o è ancorata a una visione oggettivista e realista della natura umana e di quali sono i suoi scopi, oppure è soggettiva, invisibile ai più e spesso incerta anche ai pochi⁶⁷⁵. Per riconoscere un meritevole ce ne vuole un altro, così come per suddividere nei tre gruppi sociali i nuovi nati nella Repubblica platonica è richiesto l'intervento degli «aurei», senza che siano spiegate quali siano le procedure effettive di questo intervento, e come quest'ultimi siano stati riconosciuti e investiti all'origine. La costituzione ineguale, allo stesso modo, non sembra essere un buon candidato per fondare una teoria normativa su basi ineguali. Da una parte per la manifesta absurdità dei criteri di discriminazione proposti storicamente dalle teorie di questo tipo (criteri come la nascita, la nazionalità, il colore della pelle, il genere, ecc.) e per i disastri morali che questo genere di discriminazioni ha causato⁶⁷⁶. Dall'altra perché un procedimento di suddivisione e gerarchizzazione presuppone che si possano trovare standard condivisi e omogenei per portare a termine questa operazione: evento piuttosto improbabile, e, comunque, al momento attuale mai realizzatosi senza l'uso della forza – che è un argomento tanto concretamente decisivo nel *breve termine* quanto teoreticamente impotente *in ogni tempo*. Quello di dignità è un concetto perennemente *in cammino*.

Roberto Young nel suo saggio distopico *The rise of meritocracy* come un termine *negativo* che connotava il governo da parte di élite scelte non attraverso procedure di carattere democratico, bensì tramite la misurazione del QI.

674R. Dworkin, *Sovereign virtue*, op. cit., p. 2.

675Sull'impalpabilità della nozione di merito per quanto concerne il fondamento di una distinzione sociale, il richiamo classico non può che essere ad A. Smith, *The theory of moral sentiments*, in *Glasgow edition of the works and correspondence*, vol. I, IV.2.xx, p. 238.

676Scrive a tal proposito Alan Dershowitz: “un (...) argomento persuasivo per il diritto all'equo trattamento potrebbe essere costruito a partire dalla nostra esperienza collettiva negativa delle ingiustizie legate al trattamento diseguale verificatosi con la schiavitù, l'olocausto, l'inquisizione e in altre epoche umane disastrose. L'esperienza ci ha dimostrato che le società che trattano le persone in maniera diseguale (...) producono insoddisfazione, disordine e violenza” (*Rights from wrongs*, op. cit., p. 44).

Sono il buon senso, la cautela e il pragmatismo a suggerirci che tutti i soggetti morali possiedono una eguale dignità pur nelle loro differenze, e non qualche argomento di natura decisiva e inoppugnabile, a fronte delle incapacità e debolezze della parte avversa.

6.5.2 *Il telos e i funzionamenti*

Se l'equità nel trattamento e nella considerazione e l'universalità della dignità sono due principi plausibili, rimane da comprendere a partire da quale base si possa costruire una teoria del valore.

Sappiamo già quale dovrà essere la cornice di una teoria di questo tipo. Essa non potrà fare appello a valori posti in maniera indiscriminata ed esterna agli interessi dei soggetti – valori posti sulla falsariga del realismo morale. Allo stesso tempo è necessario scartare ogni riferimento al semplice piacere o benessere delle persone, considerati sia in modo collettivistico, sia individuale. Potrebbe quindi sembrare una scelta conseguente quella di optare per una teoria del valore che si basi sulle *preferenze* individuali e collettive. I soggetti morali potrebbero portare di fronte agli altri soggetti le proprie preferenze personali sotto forma di interessi degni di considerazione, e procedere poi al bilanciamento di questi per determinare quali sono i propri diritti. Ma una teoria del genere è deficitaria sotto molti punti di vista. Il deficit più eclatante è connesso con l'arbitrarietà della nozione di preferenza.

Anzitutto, le preferenze possono essere personali o esterne⁶⁷⁷. Possono ovvero riguardare la propria persona, oppure gli altri. Un bilanciamento che non voglia dipendere da una qualche «maggioranza morale» che sia in grado di decidere per tutti di determinati aspetti chiave della vita individuale dovrà fare riferimento esclusivamente alle preferenze interne. Ma questo significa che ogni preferenza interna possiederà un pari peso di fronte alle altre: comprese quelle di individui come il «sadico» o il «sociopatico». La preferenza è quindi un criterio troppo labile e neutrale per fornire le fondamenta su cui costruire una teoria dei valori: è necessaria una teoria che, pur non scansando ogni riferimento alle preferenze, sia in grado di porsi a un livello più profondo del problema.

La soluzione va cercata pensando alle possibilità di operare una sorta di rovesciamento dialettico delle istanze della morale in senso stretto. Questa è completa al suo interno: è dotata di precise funzioni e modalità per assolvere a esse. Ma allo stesso tempo, dal punto di vista della morale in sé e per sé, è limitata – poiché vi è qualcosa di normativamente importante oltre essa: la ricerca della vita buona e felice portata avanti dalla morale in senso lato. La quale non può sussistere se a monte non vi è una qualche forma di morale in senso stretto minimamente efficiente. Adesso, l'impresa portata avanti dalla morale in senso lato è largamente individuale e soggettiva. Allo stesso tempo è

⁶⁷⁷Vedi R. Dworkin, *Taking rights seriously*, op. cit., pp. 234-5.

possibile però pensare ad alcune condizioni generali che siano necessarie per costruire un ampio margine di vite buone e felici – condizioni che sono per questo dei valori da proteggere.

La vita, la libertà e l'eguaglianza connessa col diritto all'equo trattamento fanno parte certamente di queste condizioni – senza di esse non è possibile imbastire quella ricerca della felicità che è la morale in senso lato. Allo stesso tempo, però, vi sono altre condizioni oltre a queste, che possono essere individuate riflettendo sulla nostra condizione finita e per alcuni aspetti determinata. Se la *fioritura* è il nostro obiettivo, allora oltre alla libertà e all'eguaglianza vi deve essere spazio per considerazioni di tipo neoaristotelico riguardo a quelli che sono e possono essere i funzionamenti⁶⁷⁸ necessari per mantenerci in vita, praticare la libertà e l'uguaglianza, e ricercare la nostra felicità. Questo implica una ricerca e una definizione, larga ma non per questo normativamente irrilevante, di un *telos* umano. Questo *telos* non potrà essere visto come un'essenza, o come un principio costitutivo della nostra natura, ma come un principio regolativo atto a guidarci nel determinare funzionamenti, tanto naturali quanto sociali, cui assegnare un valore particolare.

L'«oggettività» di questo *telos* ci permetterà di porci a un livello più profondo di quello delle preferenze, e discriminare in questa maniera una parte di queste ultime come normativamente rilevanti per il soggetto. Ma questa oggettività è per l'appunto una oggettività tra virgolette. Determinare il *telos* è una faccenda di giudizio e di razionalità pubblica e condivisa, e non dipende dalla «scoperta» di una natura umana rigida e costituita da pochi punti fissi⁶⁷⁹. Non vi è alcuna essenza umana *normativamente rilevante* fuori del giudizio degli uomini stessi e da un discorso pubblico allargato nei suoi confronti. I funzionamenti sono *interpretazioni* da parte dei soggetti, e non proprietà dei soggetti stessi. Questo per due motivi. Il primo è che, da un punto di vista fattuale, non vi è un equilibrio stabile e definito entro cui costringere un discorso sulla essenza umana. Da una parte, infatti, il *telos* non può che essere un oggetto cangiante e contingente – una condizione, più che una natura. L'essenza *sociale* dell'uomo è storica e intersecata da differenze culturali di vario tipo. L'essenza *naturale* dell'uomo è soltanto l'istantanea presente di un processo evolutivo di proporzioni macroscopiche, da cui essa dipende. L'interazione tra questi due fattori è in grado di produrre sempre nuovi sviluppi per il nostro *telos*. Dall'altra parte, l'esperienza insegna che se c'è qualcosa di fisso nella natura umana, è proprio la sua irriducibile pluralità. Non è possibile pensare

678Con *funzionamento* intendo qualcosa di molto simile al concetto di *functioning* espresso da Sen: “una realizzazione [achievement] della persona: quello che lui o lei riesce a essere. Esso riflette, per così dire, una parte della «condizione» di quella persona. Deve essere distinto dai beni che sono usati per realizzare questi funzionamenti (...) e dalla felicità generata dal funzionamento” (A. Sen, *Commodities and capabilities*, Oxford University Press, Oxford 1987, p. 7).

679È per questo che ogni lista prefissata e chiusa di funzionamenti umani è in qualche modo sospetta e in ultima istanza insoddisfacente – come per esempio la lista di capacità umane di Nussbaum (vedi M. Nussbaum, *Frontiers of justice*, op. cit., pp. 76-8 e *Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice*, “Feminist Economics” 9 (2003)) o i venti desideri naturali di Arnhart (vedi L. Arnhart, *Darwinian natural right: the biological ethics of human nature*, The State University of New York Press, New York 2001, II.iii).

con Aristotele che esistano essenzialmente tre modi di vivere, e che soltanto uno di questi sia quello propriamente *umano*. Esistono invece numerose funzionalità connesse con l'essere umani. Alcune sono più importanti delle altre, ma non *per sé*, quanto piuttosto come mezzi per praticare e sviluppare quelle funzionalità che il soggetto stesso riconosce come decisive per la propria idea di felicità. Tutti questi funzionamenti sono quelli che andranno riconosciuti come eticamente rilevanti: quelli che permettono ai soggetti di riprodurre le condizioni della propria vita materiale e di costruire le fondamenta di possibilità per la propria libertà, tenendo presente quali sono i loro bisogni naturali e sociali.

6.5.3 *Le aporie della libertà negativa*

Basandosi su una impostazione di tipo teleologica alcuni autori hanno ritenuto giustificata la costruzione di sistemi normativi esclusivamente improntati alla protezione della libertà negativa e agli aspetti procedurali della nozione di libertà⁶⁸⁰. Il diritto all'equo trattamento si declina in queste prospettive come il diritto a essere trattati in maniera equa da un sistema di procedure *giusto*. E in tutti questi casi un sistema di procedure giusto è tale se rispetta i *diritti negativi* dei soggetti, ovvero quei diritti che proteggono l'individuo nell'esercizio delle sue libertà negative – gli aspetti per cui il soggetto è libero dall'interferenza altrui⁶⁸¹. Non è compito di una teoria morale e di un sistema normativo di questo genere spingersi oltre questo aspetto procedurale della libertà: tutte le rimanenti relazioni tra soggetti devono essere gestite in maniera autonoma, senza un'ulteriore spinta o guida normativa di sorta. Solo in questa maniera è possibile rispettare pienamente il soggetto nella sua autonomia, progettualità e dignità.

Accanto a questa difesa della componente procedurale e della libertà negativa vi è un parallelo rigetto del ragionamento consequenzialista e degli aspetti distributivi della moralità che vadano oltre la rettificazione dei torti subiti. Lo scopo della tela dei diritti spiegata da queste teorie non è quello di organizzare le varie rivendicazioni soggettive tenendo presente un qualche stato di affari

680Solo per citarne alcuni: Ayn Rand sulla base della stessa difesa del diritto alla vita degli uomini (tra i tanti testi della scrittrice russo-statunitense vedi *Man's rights*, nella raccolta *Capitalism: The unknown ideal*, Signet, New York 1967); Tara Smith su una via analoga (*Moral rights and political freedom*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1995); Loren Lomasky sulla base della progettualità intrinseca di una vita umana completa (*Personal projects as the foundation for basic rights*, "Social Philosophy & Policy" 1 (1983) e il successivo *Persons, rights and the moral community*, op. cit.). Robert Nozick (*Anarchy, state, and utopia*, op. cit.) non assegna una teleologia di qualche tipo all'uomo, se non indirettamente: la sua difesa del brutto fatto che le persone abbiano diritti discende dall'assunto kantiano per cui l'uomo non può mai essere trattato come mezzo ma soltanto come fine (non a caso Nozick, pur avendo culturalmente più di un punto in comune con Ayn Rand, critica la teoria di quest'ultima nel suo *On the randian argument*, "The Personalist" 52 (1971)); la sua teoria dei diritti va comunque inserita in questo filone di pensiero – anzi, essa rimane senza dubbio la difesa filosofica più appassionata e convincente dell'equivalenza tra diritti e libertà negativa.

681La definizione classica di libertà negativa rimane quella di Thomas Hobbes, per cui "un uomo libero è colui che in quelle cose che è capace di fare grazie alla sua forza e al suo ingegno non è ostacolato nel farle se così ne ha volontà" (*Leviathan*, in *The english works of Thomas Hobbes*, op. cit, vol. III, cap. XX, pp. 196-7).

ritenuto positivo, bensì quello di fissare i vincoli entro i quali è possibile agire indisturbati⁶⁸². Nonostante queste pretese, anche questo genere di teorie può essere ricondotto nello schema generale di tipo distributivo. In tutti questi casi, infatti, la valuta allocata perché normativamente rilevante è composta da determinati segmenti di libertà negativa – e nient'altro. Invariabilmente, all'interno di queste teorie, si possono trovare tre categorie di tutela: della propria vita e della propria integrità corporea, del proprio lavoro e proprietà, nonché della sacralità dei contratti e delle promesse.

Le teorie di questo tipo sono particolarmente vulnerabili a tutta una serie di attacchi a partire dalle loro conseguenze. Le teorie procedurali basate sulla libertà negativa cadono in quella «*adversarial conception*» tra individuo e comunità di cui parlavo in precedenza⁶⁸³. L'atomismo e l'esclusione di ogni considerazione basata sui bisogni, le opportunità e le capacità sono caratteristiche ineliminabili di questo genere di approccio. Numerose conseguenze *prima facie* onerose, tra i quali l'indifferenza normativa nei confronti delle omissioni, sono parte integrante della loro implementazione. I fautori di questo genere di teorie sono ben consci di questi limiti, e hanno costruito numerose argomentazioni per difendere il loro approccio. Grossomodo è possibile dividere queste in due categorie: quella strumentale, e quella strettamente morale.

La argomentazioni strumentali hanno come fondo comune il tentativo di descrivere la libertà positiva in maniera critica. A differenza della libertà negativa che indica la mera assenza di vincoli all'azione, la libertà positiva indica una potenza: la possibilità effettiva e attuale di essere in grado di fare o essere qualcosa. Tutta una tradizione di pensiero ritiene che libertà negativa e libertà positiva formino una coppia antitetica, e che una scelta tra i due termini sia necessaria. Per difendere la scelta della libertà negativa si cerca quindi mostrare come quello di libertà positiva sia un concetto aporetico. Per fare questo si adoperano numerosi argomenti. La libertà positiva non sarebbe una vera forma di libertà. Il suo dominio etico si ascriverebbe a quello del supererogatorio, oppure si troverebbe nella dimensione della carità – la quale è posta oltre la giustizia. Le istanze portate avanti dalla libertà positiva non possiederebbero quei caratteri di universalità e completezza necessari per costruire una moralità in senso stretto efficiente. Adoperare la nozione di libertà positiva implica mettere sullo stesso piano atti e omissioni. E così via. Non è possibile esaminare qui questo genere di critiche. A ognuna di essa sono stati opposti dei contro argomenti in alcuni casi

682Scrive a proposito Nozick: “ciascuna persona può esercitare i suoi diritti come crede. L'esercizio di questi diritti determina alcune caratteristiche del mondo. Entro i vincoli di queste caratteristiche prefissate, può essere compiuta una scelta tramite un meccanismo comune di scelta basato su un ordinamento sociale; se vi sono delle scelte rimaste da compiere! I diritti non determinano l'ordinamento sociale ma piuttosto fissano i vincoli entro cui deve compiersi una scelta comune, escludendo certe alternative, determinandone altre, e così via” (*Anarchy, state, and utopia*, op. cit., p. 166).

683Che questo genere di critiche si rivolga a questa specie particolare di teorie dei diritti è evidente da C. Taylor, *Atomism*, in *Philosophical papers vol. II*, op. cit., p. 195.

piuttosto convincenti⁶⁸⁴. In ogni caso, poi, il modello di diritti astratti che ho presentato è in grado di reggere a gran parte delle obiezioni strumentali di questo tipo. È un modello, ovvero, che è in grado di implementare sia i diritti negativi, sia i diritti positivi, senza generare contraddizioni o inconsistenze, grazie alla sua suddivisione in quattro regioni.

Le argomentazioni strettamente morali puntano invece a mostrare come *gli unici beni moralmente rilevanti da distribuire siano determinati segmenti di libertà negative, e solo questi*. Come notavo in precedenza, questi sono sempre riconducibili a tre classi: integrità corporea, proprietà, rispetto dei contratti e delle premesse – con l'aggiunta di meccanismi di rettificazione e punizione in caso di violazione. Ma perché proprio questi, e solo questi? La libertà negativa, e i vari domini di essa che si sceglie di privilegiare, possono essere un valore soltanto argomentando in favore dell'effettiva rilevanza delle considerazioni che sono tutelate. Il motivo per cui questi segmenti di libertà negativa sono ritenuti moralmente essenziali è ricondotto al fatto che essi sono centrali per difendere, oltre l'integrità stessa della persona, l'*autonomia* e la *progettualità* – le quali, a loro volta, sono viste come le funzionalità centrali dei soggetti. Ma questo è problematico per tutta una serie di motivi.

Anzitutto, è evidente che l'autonomia e la progettualità individuale – e in generale il perseguimento di una morale in senso lato – non sono promosse nella maniera migliore in un regime esclusivo di diritti negativi. La possibilità astratta di fare qualcosa protetta da una libertà negativa è nella maggior parte dei casi *soltanto* una possibilità astratta. Certi vincoli possono essere addirittura degli ostacoli per l'effettivo perseguimento della autonomia e della progettualità⁶⁸⁵. Inoltre, se l'autonomia e la progettualità sono i nostri obiettivi, non si capisce perché si debba essere costretti ad affermare, al contempo, che è importante che io non sia ristretto nella mia libertà di fare ϕ , e che non è importante che io possa fare ϕ . Se il contenuto di determinate porzioni di libertà negativa è importante, come è implicito in questo genere di teorie, perché non dovrebbe essere importante anche l'affermazione e la promozione di questi contenuti? Il vecchio adagio per cui bisogna costantemente vigilare in difesa della libertà non trova paradossalmente una difesa in questo tipo di approcci. Inoltre, non è affatto chiaro il motivo per cui l'autonomia e la progettualità dovrebbero essere gli unici valori alla base di una morale in senso stretto – o perché dovrebbero

⁶⁸⁴Per rimanere nell'ambito della discussione sui diritti, vedi per esempio A. Gewirth, *The community of rights*, op. cit., II, che a riguardo è forse il testo più importante. Utili sono anche B. Baum Levenbook, *Are there any positive rights?*, in W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times*, op. cit.; A. Melnyk, *Is there a formal argument against positive rights?*, "Philosophical Studies" 55 (1989) riguardo al problema dell'universalità dei diritti positivi e negativi; W. Nelson, *Positive rights, negative rights and property rights*, "Tulane Studies in Philosophy" 33 (1985) sul problema dell'atto e dell'omissione riguardo alla questione dei diritti positivi e negativi. Gran parte degli argomenti contro i diritti positivi si fonda su argomentazioni simili a quelle «a partire dall'esecutivo» o «a partire dal giudiziario», oppure su quello dell'attualizzazione: tutti argomenti che ho già esaminato in precedenza e su cui non avrebbe molto senso tornare.

⁶⁸⁵Una teoria della proprietà che non tenga conto delle conseguenze ma pretenda di formarsi a partire da principi primi e assoluti e risolversi quindi nell'applicazione procedurale di questi – come nel caso di Locke e di Nozick – ne è un esempio. Sull'argomento vedi J.L. Mackie, *Ethics*, op. cit., VIII.ii.

essere i più importanti. È sensato pensare che senza vita, non vi sia né autonomia né progettualità – e per questo motivo l'integrità corporea è uno dei campi invariabilmente protetti da questo tipo di teorie. Ma l'integrità corporea può essere messa in pericolo anche da minacce contro cui la libertà negativa non è uno scudo efficiente. Da semplici casualità che possono mettere un individuo di fronte al rischio di rimanere ferito o di morire, fino alle carestie, sono numerosi i casi in cui la vita di una persona può essere in gioco senza che siano stati violati diritti negativi – o che l'individuo stesso sia imputabile di qualcosa⁶⁸⁶. In tutti questi casi si dovrebbe assistere al paradossale risultato di assolvere l'eventuale omissione di soccorso in virtù del diritto all'autonomia, oppure di affermare che la difesa del diritto alla vita non include la necessità del soccorso – ma solo della rettificazione. Il problema generale di tutti questi tipi di approccio risiede nel fatto che essi tengono in conto esclusivamente della correttezza procedurale e si rifiutano di osservare le conseguenze – cadendo in questo modo nel genere di critiche avanzate in precedenza durante la difesa del consequenzialismo esteso di fronte ad approcci puramente deontologici.

Non esistono quindi ragioni strettamente morali per considerare la libertà negativa come l'unico bene da distribuire e tutelare. E dal momento che non vi sono neanche chiari vantaggi strumentali, ne consegue che una struttura di diritti puramente negativi non può resistere di fronte alle critiche. Come si vedrà successivamente, considerazioni legate a diritti negativi *devono* essere incluse in una teoria normativa della morale in senso stretto. Ma non possono essere viste né come uniche, né come gerarchicamente preponderanti. È necessario, in pratica, accompagnare ai diritti negativi considerazioni legate alla libertà positiva.

A tal proposito potrebbe sorgere il seguente problema: queste considerazioni legate alla libertà positiva che forma devono prendere? Possono essere portate avanti da strutture formali consequenzialiste in senso classico – scopi – oppure sono meglio portate avanti da diritti positivi? Non tutte queste considerazioni avranno la struttura dei diritti, ma è possibile argomentare riguardo alla necessità di strutturare parte di queste come diritti – e quindi di accogliere la nozione di diritti positivi – sulla base di due osservazioni. La prima riguarda l'insistenza sull'elemento deontologico connesso al linguaggio dei diritti: avvolte nella scorza protettiva di un diritto, queste considerazioni possono essere dotate di un'importanza supplementare. La seconda chiama in causa nuovamente la nozione di dignità. È un luogo comune filosofico che il dominio della giustizia sia quello della libertà negativa, mentre la libertà positiva vada posta nella dimensione della carità o della beneficenza. La nozione di diritti positivi manda all'aria questa dicotomia – e ciò ha un valore

⁶⁸⁶In effetti una teoria puramente procedurale basata sulle libertà negative porta a concludere che è doveroso gettare un salvagente a una persona che è stata *sospinta* in acqua, ma che non lo è – se non per carità – nel caso di una persona che sia *caduta* in acqua. Riguardo al tema delle carestie – in relazione a quello dei diritti e della democrazia – il rinvio non può che essere ad A. Sen, *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*, Clarendon, Oxford 1981.

importante nel disegnare una nozione piena di dignità. Le stesse rivendicazioni di libertà positiva, se poste nel linguaggio dei diritti, acquisiscono uno status più elevato e una maggiore potenza, e riequilibrano l'assetto relazionale tra i vari soggetti. La carità è un elemento imprescindibile della dimensione morale, ma essa è qualcosa che è, sotto certi aspetti, degradante per chi la fa e per chi la riceve⁶⁸⁷. La carità, infatti, può esprimersi soltanto all'interno di un regime relazionale *asimmetrico*. Inserire porzioni di libertà positiva sotto forma di diritti all'interno permette di ristabilire aree di relazionalità simmetrica all'interno del discorso sui bisogni. E in questo modo si forniscono importanti strumenti di rivendicazione a chi si trova costretto ad adoperarli, e si assicura l'integrità della sua dignità personale.

6.5.4 Beni primari e necessità

Se la allocazione di segmenti determinati di libertà negativa non può bastare per costruire una tela di diritti adeguata, l'esito scontato sembrerebbe quello di incorporare nella distribuzione anche beni di natura diversa. Quali beni, e come distribuirli, sono i due problemi di questa prospettiva.

A un livello astratto, se dovessimo basarci soltanto su criteri legati al piacere o all'utilità complessiva la distribuzione dovrebbe riguardare ogni genere di beni (materiali e immateriali, esterni ai soggetti o interni come lo sono i talenti, le conoscenze, ecc.) e dovrebbe essere operata dividendo la torta complessiva in fette uguali. Per il principio dell'utilità marginale, infatti, l'utilità complessiva massima ottenibile tramite una divisione dei beni e quella fatta in parti eguali. Ciò ovviamente ha il difetto di astrarre completamente dalle particolarità individuali in fatto di necessità, preferenze e capacità, sebbene fornisca in questo modo un criterio imparziale – in maniera astratta – di distribuzione⁶⁸⁸. Ma i difetti maggiori di questa «soluzione» risiedono altrove. Da una parte va da sé che una distribuzione di questo genere, dovendo essere ricorrente, sarebbe del tutto inefficiente nello stimolare la produzione da parte degli individui di nuovi beni. Dall'altra essa equivarrebbe di fatto a una soluzione di puro stampo welfarista dove ogni elemento deontologico – diritti stessi – è liquefatto. Questo mostra in pratica come la distribuzione non possa riguardare *ogni genere* di beni, ma debba essere ristretta.

Tra le tante soluzioni che si potrebbero proporre ne prenderò brevemente due in esame. La prima

687Come ricorda Oscar Wilde in alcune pagine eccezionali del suo *The soul of man under socialism*, la carità ha come effetto proprio quello impedire alle persone di approfondire l'esame della propria condizione: la carità, in pratica, è responsabile di quell'effetto di adattività delle preferenze di cui parlavo nella precedente nota 88.

688Criteri di imparzialità diversi – e meno astratti – potrebbero essere quello utilitarista classico, che tiene conto delle diverse ricettività individuali all'utilità e privilegia in questo modo nella distribuzione quegli individui capaci di generare a parità di beni una maggiore quantità di utilità, oppure un criterio analogo che si accompagni invece che al principio dell'utilità marginale a un principio di compensazione che privilegi nella distribuzione le persone in grado di generare a parità di beni una minore quantità di utilità. In entrambi i casi però ci ritroveremmo comunque di fronte ai limiti del welfarismo classico.

è quella di stilare una lista di *beni primari* sulla falsariga di quanto fatto da John Rawls in *A theory of justice*. La seconda è quella di distinguere come moralmente rilevanti per la distribuzione quei beni che corrispondono alle *necessità* generali dei soggetti.

Con beni primari intendo quel genere di beni che sarebbero scelti da un soggetto razionale posto nella posizione originaria come beni da distribuire equamente tra tutti i vari partecipanti⁶⁸⁹. Non importa tanto qui stare a stabilire quale sia l'identità precisa di questi beni⁶⁹⁰, quanto vedere quali sono gli effetti strutturali che una simile scelta potrebbe portare con sé. Di primo acchito essi sembrerebbero essere positivi. L'idea di beni primari permette di restringere il campo della distribuzione in un'area circoscritta e vitale – proprio quella dei beni che più hanno a che fare con la morale in senso stretto. Secondariamente tra i beni primari è del tutto legittimo pensare che rientreranno da una parte la difesa di determinati settori della libertà negativa degli individui, e dall'altra anche considerazioni connesse con la realizzazione della loro libertà positiva. L'ipotesi della posizione originaria e del contratto su cui si regge la creazione di una simile lista lascia però più perplessi. Nuovamente non si tratta tanto del fatto che non vi è un netto accordo tra ciò che sceglierebbe veramente un individuo razionale nella posizione originaria. Il problema risiede nel fatto che il velo di ignoranza di cui parla Rawls restituisce un'idea di individuo – e conseguentemente dei beni primari – *astratta*. Questo da una parte avvicina la teoria di Rawls a certi aspetti dell'utilitarismo⁶⁹¹. Dall'altra rende cieco l'occhio che stila la lista dei beni primari nei confronti dell'effettiva capacità dei vari soggetti *concreti* di adoperare e utilizzare ciò che è loro assegnato. I diritti fondati sui beni primari sono, in pratica, troppo imparziali. Non tengono conto di tutta una serie di aspetti concreti della persona come il suo stato psicofisico, il tipo di società in cui vive e lo sviluppo di questa, l'ambiente fisico in cui si muove, il genere sessuale e l'età, variabili che influenzano il *valore* dei beni primari sulla base della persona che ne dispone. I beni primari possono essere una buona categoria su cui basare i diritti fondamentali soltanto se siamo disposti a rinunciare all'eguaglianza di *opportunità reali*.

689Rawls li definisce in questa maniera: “i beni primari (...) sono cose che si suppone un essere umano razionale vorrebbe a prescindere. Indipendentemente da quali siano nel dettaglio i piani razionali di un individuo, si assume che vi siano parecchie cose maggiormente preferibili di altre. Con una maggiore disponibilità di questi beni gli uomini si possono assicurare una probabilità di successo più alta nel portare avanti i propri piani e fini, quali questi possano essere. I beni sociali primari, per dividerli in categorie generali, sono i diritti, le libertà, le opportunità, il reddito e la ricchezza” (J. Rawls, *A theory of justice*, op. cit., p. 79).

690È da notare che, come si può vedere dalla citazione presentata nella nota precedente, Rawls mette i diritti *tra* i beni primari – che conseguentemente non sono diritti in senso stretto, ma cose di cui le persone *hanno diritto* seguendo i principi della giustizia. Rawls è del resto notoriamente restio a parlare di diritti naturali – con cui intende i diritti pre-istituzionali in generale. Tuttavia, discutendo della *persona morale* (*A theory of justice*, op. cit., pp. 442-443) Rawls afferma esplicitamente nella nota 30 che la teoria della giustizia come equità possiede i tratti distintivi di una teoria dei diritti naturali. Dal momento che non sto discutendo della teoria di Rawls in sé, quanto di una categoria generale elaborata da Rawls e come essa potrebbe essere adoperata in contesto diverso, non darò peso alla questione e assumerò semplicemente che i beni primari possano essere l'oggetto di diritti.

691Sulla questione vedi B. de Mori, *Diritti morali ed etica normativa*, op. cit., pp. 93-5.

Si potrebbe pensare di risolvere questo problema passando dalla nozione di beni primari a quella di *necessità*. E in parte è così. Le necessità non sono desideri o preferenze individuali, ma si fondano su una qualche descrizione oggettiva e comune – perché basata su una forma di razionalità condivisa – dei soggetti morali. In particolare si basano su una descrizione del *telos* in cui i funzionamenti particolari – e in particolar modo i funzionamenti essenziali e irrinunciabili di esso – sono descritti in dettaglio. Tutti i funzionamenti richiedono dei beni per essere svolti dal soggetto, sebbene non siano essi stessi dei beni. I funzionamenti essenziali – le *necessità*, per l'appunto, richiederanno quindi dei beni necessari, e ruolo dei diritti sarà quello di garantire la distribuzione di queste esigenze fondamentali. E sulla base di quelle che sono le differenze contingenti elencate in precedenza diversi individui potranno avanzare diritti diversi in relazione alle loro necessità personali. Dal momento che l'autonomia è probabilmente un funzionamento necessario, tra i beni distribuiti vi saranno anche i diritti negativi – quest'ultimi distribuiti in maniera del tutto equa, poiché non è possibile stabilire che qualcuno ne abbia più necessità di qualcun altro. Tutto bene?

Non proprio. Di là delle ovvie difficoltà di stabilire nello specifico quale funzionamento sia realmente necessario e quale non lo sia, e descriverne i gradi e la forma, vi sono altre problematiche legate a questa nozione. Non è chiaro come definire una necessità – se come qualcosa di necessario per il *mantenimento* della vita, o come qualcosa di essenziale per la *qualità* della vita. Il mantenimento della vita è un criterio piuttosto preciso, ma che è capace di individuare soltanto poche limitate necessità. Sembrerebbe quindi razionale parlare di qualità della vita, ma in questo modo si scopre un Vaso di Pandora. Le necessità intese in questo modo possono essere indefinitamente moltiplicate – anzi, come Hegel ci ricorda, una caratteristica umana unica rispetto agli altri animali è proprio questa continua e necessaria moltiplicazione dei bisogni. Inoltre a ben vedere il criterio delle necessità è paternalistico⁶⁹² e lesivo di certi aspetti dell'autonomia – sempre che non venga ristretto alla distribuzione di aria, pane, acqua e ore di sonno. Oltre la soglia della brutta riproduzione della vita materiale vi sono parecchie cose che potrebbe essere necessarie per gli individui, sulla base di differenze personali più sfuggenti come quelle legate allo stato psicofisico, alla società in cui vivono, al genere, ecc. Come ricordavo in precedenza, chiudere la lista dei

⁶⁹²Sebbene i funzionamenti necessari connessi con un *telos* non siano un valido carattere su cui fondare le nostre considerazioni su come sia giusto trattare gli esseri umani proprio in virtù di questo paternalismo, altrettanto non si può dire per quanto riguarda il nostro modo di trattare gli animali non umani. Partire da questo genere di considerazioni permette di andare oltre la formula, proposta da Nozick, di kantismo per gli esseri umani, e utilitarismo per gli altri animali non umani. Una strada di questo tipo è quella portata avanti da Bernard Rollin, il filosofo padre dell'etica veterinaria, il quale ha posto i funzionamenti connessi coi vari *telos* specie-specifici al centro della riflessione morale sul trattamento degli animali, superando in questo modo i limiti connessi con una trattazione puramente fondata su criteri welfaristici. Sulla questione del valore morale dei vari *teloi* animali e sui limiti dell'applicazione di uno schema utilitaristico a questi problemi vedi la seguente selezione: B. Rollin, *Animal rights & human morality. Third edition*, Prometheus Book, New York 2006; *Animal pain: what it is and why it matters*, "Journal of Ethics" 15 (2011); *Telos*, in Christopher Watheles (a cura di), *Veterinary and animal ethics*, Wiley-Blackwell, Hoboken (di prossima pubblicazione: 2012).

funzionamenti significa o compiere un'operazione talmente generale da risultare inutile, oppure costringere il nostro ragionamento lungo dei binari che non possono che condurre al paternalismo: all'idea che vi sia un insieme di funzionamenti in grado di condurre a una qualità della vita più elevata di altre. Il concetto di necessità, insomma, è imprescindibile per stabilire i diritti fondamentali: ma non può essere esteso oltre una soglia minima. Se pertanto vogliamo costruire una teoria più complessa dobbiamo ampliare i nostri orizzonti oltre questo genere di proposte.

6.5.5 Benessere e risorse

La categoria di benessere potrebbe fornirci il motore adatto per spingere il diritto all'equo trattamento. Almeno apparentemente. Mettiamo tra parentesi le difficoltà nel definire una nozione di benessere condivisa universalmente, e la mutevolezza con cui questo concetto può essere declinato a seconda della teoria generale in cui è inserito. Chiediamoci semplicemente quali potrebbero essere i caratteri generali di una teoria che concepisca il diritto all'equo trattamento come una serie di diritti e rivendicazioni dei soggetti a partecipare a un'eguale fetta di benessere. Una distribuzione del genere ha l'indubbio vantaggio di colmare il limite principale della distribuzione basata sui beni. Data la diversità delle persone, la stessa distribuzione di beni può dare luce a situazioni assai diverse in termine di libertà positiva. Una distribuzione che prenda come punto di riferimento il benessere scavalca questo problema tenendo conto della diversa ricettività degli individui ai beni sulla base della loro condizione personale. Al fine di raggiungere lo stesso livello di benessere, un individuo svantaggiato a causa di un handicap richiederà per esempio beni diversi – e probabilmente più onerosi in termini di risorse.

Ma a uno sguardo più attento la nozione di benessere fa precipitare nuovamente il nostro discorso nei limiti del welfarismo. Ronald Dworkin, in particolare, si è occupato di analizzare a fondo questa problematica⁶⁹³. La prospettiva basata sul benessere rimane cieca di fronte a tre dati della diversità umana che possono dare luce a distribuzioni ingiuste delle risorse disponibili. Se si dà per scontata l'autonomia e la dimensione personale della ricerca della vita buona, i soggetti possono coltivare infatti gusti e obiettivi a volte *costosi*, *ambiziosi* e *imprevedibili*. Chi è abituato a un certo tenore di vita può trovarsi impossibilitato a esercitare i propri funzionamenti in modo tale da raggiungere la soglia equa di benessere se non ha accesso a una mole spropositata di risorse. Chi si pone come obiettivo di vita il perseguimento di una carriera difficile e rischiosa potrebbe necessitare di una base di partenza più costosa e impegnativa per raggiungere i propri scopi rispetto a una persona che aspiri a una vita più modesta – o semplicemente a una carriera che non richieda un investimento

⁶⁹³Vedi R. Dworkin, *Sovereign virtue*, op. cit., I e R. Dworkin, *What is equality? Part 1. Equality of Welfare*, "Philosophy & Public Affairs" 10-3 (1981).

iniziale oneroso⁶⁹⁴. Una persona dotata di un handicap particolare potrebbe preferire un dato insieme di beni diverso da quello che potrebbe ovviare o limitare un suo handicap⁶⁹⁵. La distribuzione basata sul benessere non è in grado di filtrare questi casi ed è causa pertanto di situazioni platealmente ingiuste. Perché dare, per esempio, più beni a un soggetto soltanto perché i suoi gusti acquisiti sono tali da non permettergli di raggiungere un livello equo di benessere senza indulgere in comportamenti costosi?

Dworkin ha accompagnato questa sua critica con una proposta alternativa, che è quella di basare il diritto all'equo trattamento sull'equa distribuzione delle risorse⁶⁹⁶. Le risorse sono beni richiesti per perseguire il proprio ideale di vita buona che si possono suddividere in personali e interpersonali. Le risorse personali sono le qualità delle persone secondo quelli che sono i tratti fisici e mentali, e i talenti. Le risorse interpersonali sono invece parte dell'ambiente circostante agli individui.

Discutendo di equa distribuzione delle risorse Dworkin parla di risorse interpersonali, considerando ingiusta e in linea di massima impossibile la redistribuzione dei talenti. L'equità nella distribuzione delle risorse è tale per cui tutti gli individui hanno diritto a una fetta di risorse in grado di assicurare un'equa «partenza», lasciando poi dopo che siano essi stessi a sfruttare questo gruzzolo in base ai loro gusti, talenti e preferenze. In questo siamo ritornati all'idea rawlsiana di una distribuzione equa dei beni primari – ma Dworkin compie successivamente una mossa decisiva per superarne i limiti. La mossa è quella di rendere più «sottile» il velo di ignoranza, pur partendo comunque da una concezione astratta degli individui posti nella posizione originaria. Per fare questo Dworkin assume l'idea di un «mercato assicurativo» tramite cui i vari individui possono decidere di investire parte delle loro future risorse in assicurazioni contro quei tratti negativi che potrebbero

694A volte la differenza di risorse richiesta per soddisfare un piano di vita è del tutto contingente rispetto alle ambizioni dei soggetti. Prendiamo un fisico e un matematico, entrambi talentuosi, preparati e animati dall'amore per la propria disciplina. Affinché entrambi raggiungano lo stesso livello di benessere – legato in questo caso al loro piano di vita – è richiesto una distribuzione di risorse diversissima. Al matematico basta un ufficio un computer e l'accesso alle riviste del suo settore di competenza. Per il fisico è richiesto invece un laboratorio e attrezzature probabilmente molto costose. Si tratta questo di un esempio di come alla base della differenza di risorse richiesta per avere lo stesso livello di benessere non si dia sempre l'avidità, la sfrenata ambizione, oppure un handicap: a volte si tratta semplicemente di circostanze. Ma come risolvere *equamente* questo tipo di problematiche in un mondo dove le risorse sono scarse, e più persone potrebbero essere interessate allo stesso tipo di vita?

695Dworkin fa a questo proposito l'esempio di una violinista paraplegica. La comunità in cui vive decide di tassarsi al fine di comprare un macchinario in grado di aiutare la donna a muoversi e diminuire il suo handicap. Ma la violinista risponde dicendo che preferirebbe piuttosto uno Stradivari – che costa proprio tanto quanto il macchinario. Che cosa dovrebbe fare la comunità in questo caso? Lo Stradivari aumenterebbe il benessere della violinista in misura maggiore rispetto al macchinario e sembrerebbe giusto quindi optare per esso: anzi, come nota Dworkin, sarebbe perverso agire diversamente. Ma questo però significa commettere un'ingiustizia nei confronti di una persona non handicappata con una simile passione per gli Stradivari. Se è giusto dare dei beni diversi da quelli richiesti per mitigare un handicap in modo da innalzare il benessere di una persona con un handicap, perché non è altrettanto giusto dare questi stessi beni a una persona con gusti simili che sia sprovvista di handicap ma abbia un benessere di partenza altrettanto basso? Partendo da qui, è evidente che la concezione basata sul benessere si trova stretta in una aporia insanabile.

696La prospettiva era stata originariamente formulata nell'articolo *What is Equality? Part 2. Equality of Resources*, "Philosophy & Public Affairs" 10-4 (1981) ed è stata poi portata a termine in *Sovereign virtue*, op. cit.

affliggerli una volta fuori della posizione originaria. Dworkin è attento a limitare questi tratti a quelli basati sulle contingenze: handicap, mancanza di talento e così via, escludendo in questa maniera i tratti negativi basati sulle scelte – come per l'appunto i gusti costosi. Individui razionali posti all'interno di questa posizione originaria sceglierebbero secondo Dworkin un modello equo di distribuzione delle risorse iniziali, ma provvederebbero anche che siano istituiti meccanismi redistributivi per compensare gli individui afflitti da quei tratti che nessuno vorrebbe possedere. In questa maniera il modello di Dworkin è in grado di superare i limiti di una distribuzione esclusivamente basata sui beni primari, rendendo conto però di quelle che sono le differenze individuali negative frutto delle circostanze, e non delle scelte e disposizioni – e può quindi porsi come un modello di diritto all'equo trattamento capace di tenere conto dell'equità di opportunità.

6.5.6 Capacità

Un'altra prospettiva è quella connessa all'approccio delle capacità, costruito da Amartya Sen a partire dalla sua famosa *Tanner Lecture* del 1979⁶⁹⁷ e sviluppato successivamente anche da altri autori come Martha Nussbaum ed Elizabeth Anderson⁶⁹⁸. L'approccio della capacità nasce in reazione al welfarismo proprio della prospettiva utilitarista, ma anche in polemica con un certo «feticismo» rintracciabile secondo Sen nella prospettiva Rawlsiana basata sui beni primari. L'approccio della capacità si pone come obiettivo di passare da una prospettiva incentrata sui beni, a una in cui l'attenzione è rivolta verso ciò che i beni fanno per i soggetti. Quantità e tipi di beni diversi possono dare luce a gradazioni e tipi di funzionamento diversi sulla base delle caratteristiche personali di un soggetto e dell'ambiente in cui vive. Con uno spunto aristotelico, la prospettiva delle capacità ricorda che i beni sono un *mezzo* per la felicità, ma non vanno confusi con questa.

Il fatto che il punto di partenza per elaborare una teoria soddisfacente dell'equità vada ricercato nel rapporto tra distribuzione dei beni e funzionamenti non implica però che dobbiamo concentrare la nostra attenzione su quest'ultimo genere di considerazioni. Come si è visto in precedenza, un'attenzione del genere spingerebbe la nostra proposta teorica verso il paternalismo. Occuparsi direttamente dei funzionamenti delle persone significa intromettersi nella loro sfera personale e imporre un determinato modello di vita e felicità. Scegliere un proprio stile di vita personale, basato sui propri interessi e sulle proprie ambizioni, significa privilegiare determinati funzionamenti rispetto ad altri. Più che imporre quindi una data metrica univoca della qualità della vita è moralmente giusto cercare di favorire le *capacità* delle persone di sviluppare liberamente un

697A. Sen, *Equality of what?*, op. cit.

698Nel presentare brevemente questo approccio mi riferirò esclusivamente alla versione originaria di Sen. Per un'introduzione generale che non tiene conto esclusivamente del lavoro di Sen sono utili il già citato J.M. Alexander, *Capabilities and social justice*, op. cit. e S.F. Magni, *Etica delle capacità. La filosofia politica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, Bologna, 2006.

insieme di funzionalità che loro ritengono giusto privilegiare. La libertà e le capacità degli esseri umani di fiorire nella loro persona sono privilegiate, rispetto alla fioritura in se stessa intesa come un percorso incardinato su una rotaia teleologica. La capacità di un soggetto, secondo questo approccio, è definibile sulla base dell'insieme delle combinazioni alternative di funzionamenti che il soggetto stesso può portare a termine – e da cui ne sceglierà una secondo le sue preferenze. Il funzionamento in relazione della nutrizione di Gandhi durante uno sciopero della fame non differiva da quello di una vittima di una carestia, ma la libertà era ben diversa. In questo modo l'approccio delle capacità punta a risolvere contemporaneamente il problema della disparità di opportunità legata alle differenze dei soggetti, senza per questo cadere nel paternalismo e negli altri difetti legati a una prospettiva fondata sulle necessità o sul benessere.

Sen ha legato la sua discussione sulle capacità alla questione dei diritti umani – intesi come diritti morali astratti⁶⁹⁹. La sua proposta era in origine quella di concepire i diritti umani a partire dalle capacità – come diritti a capacità specifiche le quali potevano essere determinate a partire da due considerazioni soglia: l'importanza e la dimensione sociale delle rivendicazioni connesse. Il contenuto di un diritto si risolve in questo modo in una capacità. Negli ultimi dieci anni è tornato sulla questione rivedendo il rapporto tra diritti e capacità – che non sono più così strettamente connessi: il motivo di ciò è che la sfera protetta dai diritti è quella della libertà, e le capacità si preoccupano esclusivamente di parte di questo problema. Sen distingue a proposito tra un aspetto legato alle *procedure* e uno legato alle *opportunità* per quanto riguarda la libertà⁷⁰⁰. Vi possono essere due modi per negare la libertà di una persona. È possibile privarlo delle opportunità di fare qualcosa che vorrebbe fare. Oppure è possibile obbligarlo a fare qualcosa. E queste due libertà sono separate – sebbene non indipendenti, secondo Sen – poiché è possibile obbligare una persona a fare qualcosa che *vorrebbe* fare, privandolo in questa maniera della sua libertà nell'aspetto legato alle procedure, ma non in quello delle opportunità. Secondo Sen i diritti si compongono di rivendicazioni relative sia alla libertà legata alle procedure, sia a quella legata alle opportunità, mentre invece le capacità sono una categoria normativa che si riferisce soltanto a quest'ultimo aspetto della libertà. In questa maniera l'approccio della capacità, pur rimanendo centrale nella determinazione dei vari diritti astratti, non esaurisce questo compito – ma deve essere integrato con una serie di libertà negative fondamentali che possano rendere conto dell'aspetto procedurale.

699Sull'argomento vedi oltre il già citato A. Sen, *Rights and agency*, op. cit, anche A. Sen, *Rights and capabilities*, in T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*, op. cit., A. Sen, *Elements of a theory of human rights*, "Philosophy and Public Affairs" 32-4 (2004), A. Sen, *Human rights and capabilities*, "Journal of Human Development" 6-2 (2005), A. Sen, *The idea of justice*, op. cit., XVII.

700Vedi in particolar modo *Rationality and freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2002.

6.5.7 *Capacità e risorse: una valutazione*

Il metro per stabilire i valori positivi può essere trovato, come si è visto, adoperando numerose categorie diverse. Gran parte di queste possiedono però dei tratti pesantemente deficitari, riguardo la vaghezza, o l'appetibilità. Due soli approcci a questo problema sembrano essere promettenti: quello a partire dalle risorse – nella versione proposta da Dworkin – e quello a partire dalle capacità – così come è stato tematizzato da Sen. Entrambi gli approcci – e questo è il loro indubbio punto di forza – permettono di prendere in considerazione il costo, dovuto a handicap di partenza, nella conversione delle risorse allocate in libertà positiva concreta – intesa come opportunità.

Dworkin ha rimarcato la vicinanza tra le due teorie, sottolineando al contempo le ambiguità presenti nell'approccio delle capacità. Secondo lo statunitense, infatti, sulla base di come sono concepite le nozioni di funzionamento e di capacità si possono ottenere due diverse formulazioni della stessa teoria. Una prima è riconducibile a qualcosa di molto simile alla proposta dworkiniana di eguaglianza delle risorse. Una seconda, invece, cade – contro le intenzioni dello stesso Sen – nel campo welfarista. Non dovrebbe meravigliare che Sen abbia criticato questa interpretazione: per l'economista indiano, le capacità forniscono una terza via originale e irriducibile tra risorse e benessere.

Per difendere l'originalità della propria posizione Sen ha ribadito la priorità strumentale e concettuale delle nozioni di libertà e opportunità rispetto a quelle di beni e di risorse – tornando a quell'accusa di feticismo che aveva già mosso a Rawls. Se anche fosse vero che il metro impiegato dall'approccio delle capacità e da Dworkin fosse lo stesso, l'obiettivo della distribuzione rimarrebbe quello di garantire a tutti una pari fetta di libertà positiva, e non quello di allocare le risorse in maniera equa: quest'ultimo atto è funzione del primo, e pensare il contrario significa capovolgere la questione. Secondo Sen, in ogni caso, è difficile pensare che il sistema di mercato assicurativo dietro il velo di ignoranza ideato da Dworkin possa produrre risultati estensionalmente equivalenti a quelli prodotti partendo dalle capacità. Le differenze – e in particolar modo gli handicap di partenza – non sono soltanto di natura psicofisica, o legati ai talenti, ma riguardano anche l'ambiente sociale entro cui si muovono gli agenti. Partendo da un passo smithiano⁷⁰¹ Sen mostra come quello di necessità sia un concetto fortemente dipendente da un contesto: greci e romani di qualsiasi ceto potevano vivere felicemente anche senza camice di lino, un operaio europeo della fine del diciassettesimo secolo sarebbe stato considerato indigente se non ne avesse posseduta almeno una, e così via. Questo genere di necessità – connesse con l'ambiente sociale – è in larga misura imprevedibile partendo da una posizione originaria, poiché le sue cause sono da una parte

⁷⁰¹Tratto da A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, in *Glasgow edition of the works and correspondence*, op. cit., vol. II, pp. 232-3.

largamente arbitrarie, dall'altra del tutto instabili nel tempo e nei luoghi.

Si tratta di una critica sensata, che però allo stesso tempo lascia intravedere alcuni limiti del ragionamento di Sen. Al contrario di Dworkin – ma anche di altri approcci che si ispirano alla nozione di capacità – Sen rifiuta di specificare il proprio ragionamento oltre una certa soglia di generalità, lasciandolo contestualmente *aperto* – quindi sotto molti aspetti *vago*. Anche le prospettive più o meno contrattualistiche di Rawls e Dworkin lasciano ampio spazio a quelle forme di razionalità estesa proprie di una dimensione pubblica dell'impresa morale in senso stretto. Ma allo stesso tempo rincorrono una certa necessità fondazionalistica nel costruire la propria idea di giustizia, che rimane pertanto più determinata ma meno elastica di fronte alle esigenze contestuali. La teoria di Sen punta invece a rimanere molto più aperta nei confronti delle diversità e deve pertanto lasciare uno spazio maggiore alle decisioni della razionalità condivisa. Si tratta questa di una caratteristica di non poco fascino, ma non bisogna dimenticare che l'elasticità che ne deriva può essere un'arma a doppio taglio: da una parte può portare a un eccessivo relativismo, dall'altra rischia di giustificare nel nome della diversità delle palesi ingiustizie. Va da sé, infatti, che le necessità per comparire degnamente in pubblico siano molto diverse da società a società. Ma è assai improbabile che questo possa giustificare sempre una distribuzione iniqua di risorse tra due società con livelli di necessità diversi, così come non è giusto privilegiare un individuo con desideri e aspettative elevate rispetto a una persona capace di «funzionare» bene con poco.

In nome di questa grande attenzione nei confronti della diversità – e dell'incapacità di prevedere tutto a monte senza appoggiarsi al *public scrutiny* – Sen rifiuta inoltre di fissare a priori dei criteri minimi che possano descrivere in che cosa consista una vita degna o di qualità. Ma non per questo rinuncia a inserire tra i funzionamenti importanti determinate nozioni complesse come la felicità, l'autostima e la partecipazione alla vita sociale. Questo genere di funzioni dipende chiaramente dai gusti personali, dalle ambizioni e dai progetti di vita dei singoli individui, come notato da Dworkin⁷⁰². Promuovere attivamente la felicità e altro genere di funzionalità complesse dei soggetti senza cadere in una concezione basata sul benessere è impossibile – poiché non vi è altro sistema che determinare in maniera paternalista gli aspetti generali e costitutivi di queste funzioni in un'unica maniera. E non importa tanto in questo caso che il processo sia frutto di una qualche razionalità condivisa – si tratterebbe comunque di un tentativo di imporre a una massa eterogenea di soggetti un'idea spessa di ciò che è bene per loro.

Un altro problema dell'approccio delle capacità e della teoria dei diritti che ne può conseguire è legato all'interazione tra gli aspetti procedurali e legati all'opportunità della libertà. L'impresa etica di Sen nasce in gran parte come un tentativo di rimuovere il dualismo tra libertà positiva e negativa,

702R. Dworkin, *Sovereign virtue*, op. cit., pp. 302-3.

mostrando come la seconda non sia altro che un aspetto particolare della prima. Il suo tentativo può dirsi riuscito in numerosi punti ma non del tutto: Sen al termine del proprio ragionamento ha comunque dovuto ristabilire una qualche dicotomia nella nozione di libertà, accettando di trovarsi di fronte a due domini diversi, e non sempre compatibili. Per risolvere questo dualismo, ancora una volta Sen sembra appoggiarsi sulla discussione pubblica e sulla razionalità condivisa. In un esempio ricorrente nei suoi scritti⁷⁰³ Sen afferma che sarebbe possibile costruire un argomento a favore di un maggiore impegno delle risorse sanitarie nei confronti del genere maschile, rispetto a quello femminile, se è vero che a parità di attenzioni mediche e qualità dello stile di vita le donne vivano più a lungo degli uomini: ma questo argomento non proverebbe la necessità effettiva di un simile impegno, poiché sarebbe possibile opporre a esso il principio di eguaglianza di trattamento. Il diritto positivo legato alle capacità – alla capacità di vivere a lungo – sarebbe in questo caso scavalcato dal diritto negativo all'equità procedurale. Confesso che questo ragionamento di Sen mi è incomprensibile. Non ovviamente, *in sé*, poiché la sua plausibilità è fuori discussione. Mi è incomprensibile se inserito nell'impianto generale dell'approccio basato sulle capacità. Per quale motivo – oltre quello della *politically correctness* – una differenza sostanziale come questa – ammesso che ci sia, cosa che è tutta da dimostrare – dovrebbe essere scavalcata da considerazioni procedurali? Sen scrive che una simile preoccupazione significherebbe dare *meno* attenzione alle cure sanitarie date alle donne, e posta in questa maniera la sua considerazione è legittima. Il problema è che in ogni allocazione, dare *più* a qualcuno perché svantaggiato, significa allo stesso tempo dare *meno* a qualcun altro: e non c'è via di uscita da questa considerazione, se si rifiuta di fissare una qualche soglia minima di standard di vita. A meno che le considerazioni procedurali di questo tipo non abbiano un valore assoluto non vi è un chiaro argomento per non considerare il deficit in termini di aspettative di vita del genere maschile un handicap che necessita di essere riquilibrato con un investimento di risorse che non può che tradursi in un *trasferimento* di risorse. Si è posti quindi nuovamente di fronte a un problema di matematica morale come già era capitato discutendo del modello di valutazione consequenzialista esteso. L'apertura del sistema di Sen è una sua caratteristica forte, ma non può che tradursi in debolezza nel momento in cui è necessario operare un confronto tra diritti che non sono tra loro ordinati lessicalmente – poiché non rimane altro metro per operare che quello di un'unica valuta consequenzialista che cerchi di massimizzare un dato scopo. La proposta dworkiniana, per quanto carente sotto altri aspetti, meno ambiziosa e sicuramente troppo legata a un certo «trascendentalismo istituzionale»⁷⁰⁴, appare invece meglio

703Si trova per esempio in *Elements of a theory of human rights*, op. cit., p. 336 e in *Human rights and capabilities*, p. 156.

704Ovvero sull'idea che sia necessario partire da un ideale astratto di giustizia e di istituzioni giuste per costruire una società funzionante e moralmente soddisfacente. Sen critica questo approccio in nome di una prospettiva che, come ho sottolineato nelle pagine precedenti, assuma un approccio maggiormente comparativo, basato sulle situazioni

preparata riguardo a questi ultimi punti.

Partendo da queste considerazioni dovrebbe quindi risultare chiaro che nessuno dei due approcci è in grado di risolvere tutte le questioni aperte dal problema dell'equità e del contenuto dei diritti. Si tratta di strade diverse, probabilmente più simili di quanto si possa pensare di primo acchito, e che si completerebbero bene a vicenda se non fossero in alcuni punti in contrasto. Nonostante i limiti che ho messo in evidenza, è da uno di questi due punti di partenza che deve partire una teoria riguardo al contenuto dei diritti.

concrete e storicamente adeguate e costruito principalmente a posteriori grazie all'uso della razionalità pubblica. Tutta la tradizione contrattualistica, da Hobbes, Rousseau, Kant fino a Rawls adotta secondo Sen un approccio trascendentale rispetto alle istituzioni. Sulla questione, vedi A. Sen, *The idea of justice*, pp. 5-27.

Conclusioni

Come ricordavo nell'introduzione le indagini riguardo alle caratteristiche funzionali e strutturali dei diritti, e ai modi in cui è possibile impiegare questi all'interno di una teoria morale, devono considerarsi propedeutiche e funzionali alla ricerca delle condizioni di possibilità e dei caratteri generali di una teoria morale basata sui diritti. Per questo motivo, dall'analisi di modelli e strutture normative astratte e formali siamo risaliti, pagina dopo pagina, a una teoria morale sempre più sostantivata che ha come oggetti normativi basilari quel genere di diritti astratti il cui modello ho descritto a partire dal capitolo [5]. Guardandola retrospettivamente si tratta di una teoria certamente molto generale, in cui numerose variabili sono lasciate intenzionalmente aperte, e con ampi margini di specificazione dei dettagli – coerentemente con quell'approccio comparativo che ha guidato la metodologia della ricerca. E sebbene non si tratti dell'unica descrizione che è possibile fornire dei diritti e del loro uso all'interno di una teoria normativa, essa mi sembra, in base alle argomentazioni che ho fornito, il modello generale più soddisfacente che sia possibile dare a riguardo.

Sempre nell'introduzione accennavo a due grandi categorie di critiche che si possono muovere ai diritti: una che contesta l'originalità di questa nozione, e una rivolta contro le conseguenze del suo impiego. Nel mio lavoro mi sono impegnato contro entrambe queste obiezioni, cercando di mostrare l'*originalità funzionale* della nozione di diritti, e la sua *superiorità normativa* – almeno nel contesto del «lavoro sporco» portato avanti dalla morale in senso stretto. Nella prima parte ho offerto un'analisi di natura principalmente formale che ha mostrato a più riprese come i tentativi di riduzione che di volta in volta si sono succeduti, o sono inconsistenti, o nascondono premesse di natura sostantiva la cui giustificazione non è così scontata come si vorrebbe far credere. Non vi è alcuna ragione pregiudiziale per cui non si possa impiegare la nozione di diritti in ambito morale, o sia necessario ridurre il vocabolario di questa nozione a quello dei doveri.

Le caratteristiche originali del linguaggio dei diritti che ho isolato nell'ambito dell'analisi formale portata avanti nei primi capitoli mi sembrano formare un risultato indipendente che sia possibile condividere anche non accettando il resto della ricerca. Pure, gran parte delle premesse che costituiscono le fondamenta del ragionamento successivo si ritrovano in questa analisi, completata dal successivo inserimento di una cornice metaetica di stampo anti-realista, e dalla suddivisione dell'ambito morale in due aree con distinte competenze e caratteristiche: quella della morale in senso lato, e quella della morale in senso stretto. Il modello di diritti astratti che ho proposto si fonda sostanzialmente sulle esigenze poste da questo genere di considerazioni.

In particolare, l'originalità funzionale dei diritti gira attorno a tre grandi questioni, ognuna della

quali è trattata soltanto parzialmente, o non lo è del tutto, dalle altre categorie di oggetti normativi utili per costruire una morale in senso stretto – doveri e scopi. La prima di queste è quella della costituzione di uno *spazio morale di interessi tutelati* – compresi interessi come l'autonomia e la protezione di determinate aree di scelta – attorno al soggetto. Una teoria morale costruita a partire da scopi collettivi a stato finale non è in grado di costituire una cintura del genere, poiché non rispetta la separatezza degli individui.

La seconda questione è quella della *centralità del soggetto*. Questa dà luce a svariate singole funzionalità normative possedute dai diritti. Da un punto di vista del soggetto concepito attivamente come agente, i diritti permettono, infatti, l'atto del rivendicare, proteggono determinate aree di scelta, e legittimano determinati comportamenti. Da un punto di vista del soggetto concepito invece passivamente come destinatario di obblighi, partendo dai diritti è possibile fornire giustificazioni per le norme che tengano conto degli interessi concreti e diretti delle persone, e di costruire una nozione di responsabilità e torto che si concentri sulla vittima, più che su qualche astratto riferimento a categorie ideali. Le teorie morali basate sui doveri non riescono a stare appresso alle teorie basate sui diritti in questo campo. Il dovere è, infatti, qualcosa di estraneo agli interessi e alle aspettative dei soggetti, ed è altrettanto estraneo per quanto riguarda le contingenze in cui questi si possono trovare. Per essere altrettanto efficiente riguardo a questi punti una teoria basata sui doveri deve complicarsi notevolmente, perdendo in questo modo d'eleganza, o diventando – di fatto – una teoria basata sui diritti.

Questi due aspetti funzionali isolati in precedenza conducono alla terza caratteristica rilevante della categoria di diritti. Grazie a essi è infatti possibile rendere conto in maniera piena delle nozioni di *dignità* e di *rispetto di sé*. La centralità del soggetto che si ha nei diritti equivale all'imposizione del riconoscimento della sua dignità, e fornisce gli strumenti attraverso cui i vari singoli soggetti possono raggiungere un pieno rispetto di sé.

Nonostante queste caratteristiche funzionali originali siano connesse con ogni teoria che «prenda i diritti sul serio», le direzioni particolari che una teoria di questo genere può intraprendere fa sì che le implicazioni possano poi risultare le più disparate – in alcuni casi, anche piuttosto distanti dalle aspirazioni iniziali che esse sottendono. Nello specifico del quadro proposto, basato sull'interazione tra numerose componenti – come la matrice anti-realista, la distinzione tra due ambiti della morale, il modello di valutazione basato su una versione emendata del consequenzialismo esteso, ecc. –, si può ricavare, come ho cercato di mostrare nell'ultima parte del capitolo [6], una considerazione normativa piuttosto forte. Sono due i diritti fondamentali di ogni soggetto afferente al campo intersoggettivo di una morale in senso stretto: un *diritto all'equo trattamento, rispetto e considerazione*, e un *diritto a ricercare autonomamente e in maniera progressiva la propria felicità*.

I due diritti sono strettamente correlati, poiché senza il primo non è possibile pensare di rispettare il secondo: e questo apre due ulteriori problemi.

Il primo, si è visto, è quello di fornire un argomento capace di giustificare la virtù sovrana dell'*eguaglianza*. La risposta che ho offerto è stata, com'era lecito aspettarsi, piuttosto stringata – e non può pertanto pretendere di soddisfare tutte le obiezioni che le si potrebbero porre. Nondimeno la strategia che ho imboccato a proposito – quella di muoversi partendo dalla critica della concezione opposta – è con ogni probabilità l'unica praticabile per costruire una risposta più articolata.

Il secondo problema cui accennavo riguarda invece l'identità del contenuto del principio formale all'equo trattamento. Eguaglianza, sì, ma *di che cosa*? Nonostante sia possibile scartare, sulla base dei ragionamenti che ho portato avanti, tutta una serie di risposte a questo problema, la soluzione è rimasta sostanzialmente aperta, giocata tra un approccio basato sulle *risorse fondamentali*, e uno connesso con le *capacità*. Sebbene entrambi questi approcci cerchino di evitare questo esito, i limiti critici in cui cadono è quello di un classico conflitto tra libertà negativa e libertà positiva. E si è visto che il problema non può essere risolto chiudendosi nel fortino della libertà negativa. È proprio questo genere di soluzione che finisce – come dimostrato dalle critiche che Sen rivolge al modello di valutazione deontologico – per rovesciare, come paventavo in precedenza, il discorso dei diritti da un discorso *per* il soggetto a un discorso *contro* il soggetto. Alimentandosi di considerazioni puramente procedurali, un approccio incentrato esclusivamente sui diritti negativi condiziona infatti negativamente il discorso sui funzionamenti e sulla fioritura collegato con l'altro diritto fondamentale – quello della ricerca autonoma della felicità. Allo stesso tempo, però, non è possibile pensare che sia possibile rinvenire sempre una soluzione «pulita» al conflitto tra l'aspetto procedurale della libertà e quello legato alle opportunità senza abbandonare i vantaggi dell'approccio delle capacità e rifugiarsi nel meno ambizioso – ma proprio per questo meno soddisfacente – approccio delle risorse, oppure senza determinare in maniera chiara una gerarchia dei funzionamenti, evitando magari di menzionare quelli più indeterminati come la felicità o il rispetto di sé.

Del resto, anche a proposito dei *funzionamenti* e del *telos* ho aperto più questioni di quelle che ho potuto chiudere. Come si individua un funzionamento? Come si determina il grado della sua attività? Quali funzionamenti sono più necessari degli altri? Che cosa vuol dire precisamente che dobbiamo intendere il *telos* come una mappa regolativa per decifrare alcuni aspetti normativamente rilevanti della persona, e non come un'essenza che dia luogo costitutivamente a fatti moralmente indiscutibili⁷⁰⁵?

705E, in particolare, quanto è possibile spingere a fondo questa metafora kantiana di un *telos* inteso come principio

Anche una riflessione sul secondo diritto fondamentale – quello a ricercare e realizzare autonomamente il proprio ideale di vita buona – apre dei varchi piuttosto ampi di riflessione. Mi limiterò a citarne due. La morale in senso stretto, pur ponendosi in una dimensione intersoggettiva, e quindi come una morale sociale, non può essere considerata una forma di *eticità spessa* – laddove con «eticità spessa» intendo un modello comune di comportamento che possa valere per tutta quanta una società e sia in grado di caratterizzare ampi spazi della ricerca della vita felice dei singoli e della determinazione delle virtù, e non solo gli aspetti minimi ma cruciali della convivenza. Il fondamento stesso della morale in senso stretto è, in fin dei conti, proprio la negazione che un'idea di eticità «spessa» possa essere condivisa oltre un certo limite. Il tipo di morale in senso stretto che ho descritto nelle pagine precedenti si fonda separando il proprio contenuto da quello della moralità in senso lato garantendo le condizioni di possibilità attraverso cui è possibile la fioritura di non uno, ma di più modelli di vita buona. Una morale in senso stretto di questo genere è *cornice*. In quanto contenitore di numerosi punti di vista sulla vita buona essa non forma più un'eticità spessa e condivisa, ma è piuttosto lo strumento di gestione delle tensioni e degli attriti che si possono sviluppare nella frizione delle varie eticità particolari. Ma quanto può essere un contenitore *neutrale* nei confronti del suo contenuto? Si è visto come la forma assunta dalla morale in senso stretto sia capace di modellare le possibilità – teoriche o reali – di perseguire determinati punti di vista sulla vita buona. Optare per la pluralità non significa puntare per la totalità delle opzioni possibili – ma soltanto per un insieme più o meno limitato. Sebbene una morale in senso stretto di questo tipo si ponga quindi come cornice, essa non può essere considerata completamente neutrale rispetto al contenuto di possibilità delle singole forme di vita buona che è possibile sviluppare al suo interno – e questo fatto ha ovviamente, come accennavo nell'ultima parte di questo lavoro, delle ricadute riguardo al modo in cui progettiamo questa parte della sfera morale.

Riguardo a questo problema, inoltre, ci si può porre un'ulteriore domanda. Nonostante il suo status di cornice, è possibile considerare comunque una morale in senso stretto basata sui diritti come una forma di *eticità* – sebbene non «spessa»? È nota l'opinione di Nozick⁷⁰⁶, per cui una morale di questo tipo – nella fattispecie la sua, ma il ragionamento può essere allargato – sarebbe il giusto *framework* per le varie utopie personali, e proprio per questo motivo essa non sarebbe altro che *Utopia stessa* e come tale andrebbe promossa e difesa oltre i confini dell'individualità. Si tratta di un giudizio verosimilmente esagerato. Nondimeno, vi è un fondamento in questo genere di considerazioni. Una morale in senso stretto per raggiungere i suoi scopi deve porsi come *orizzonte comune*. Deve essere *promossa e partecipata* dai suoi aderenti. Sebbene cornice, essa deve essere

regolativo e non costitutivo?

706R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, op. cit.,

sentita per funzionare correttamente, e non può essere abbandonata alla deriva relativistica. Per questo motivo essa forma un'eticità che, pur non essendo spesso, è pur sempre una *eticità comune* di qualche genere.

Tanto basta per le domande che rimangono in sospeso a proposito dei due diritti fondamentali individuati. Riguardo alla dimensione pratica si aprono invece, a partire dal quadro che ho fornito nelle precedenti pagine, numerose altre questioni che potrebbero modificare l'assetto di alcuni problemi che ho affrontato, come quello del conflitto. Una di queste è sicuramente quella connessa con le identità del soggetto passibile di essere titolato di diritti. In tutto il corso della mia ricerca ho dato per scontato che questi fosse essenzialmente la persona – ma sono rimasto volutamente neutrale sulla questione, per evitare di sollevare tutta una serie di interrogativi riguardo ai *confini* di questa nozione. Sono persone i feti, gli individui in stato vegetale o in coma, i malati di mente gravi, i neonati o addirittura i bambini? Possono darsi diritti per quei soggetti che chiaramente non sono persone, per esempio gli animali? E che dire di categorie come gli individui morti, le generazioni future, le specie? Può essere concepita una teoria dei diritti che tenga conto di soggetti collettivi – come le comunità? Tutte queste problematiche sono lasciate aperte in questo lavoro, così come è lasciata aperta la questione del rapporto tra diritti universali e diritti particolari legati a una data condizione, e più in generale le problematiche politiche e istituzionali connesse al rapporto tra diritti astratti e diritti umani. Si tratta queste ultime di tematiche importanti per costruire una teoria morale basata sui diritti, ma in fin dei conti il mio obiettivo era quello di esaminare le *possibilità* di impiego della categoria dei diritti all'interno dell'etica normativa, e di confrontare un modello generale di teoria basata su questa nozione con altri tipi di teoria. Tutti gli interrogativi che citavo in precedenza dipendono dagli esiti di questo genere di ricerca preliminare: senza una teoria generale di sfondo, non si può sperare di fornire una risposta coerente a essi. Come osservavo nell'introduzione, questi sono problemi dibattuti anche aspramente nei discorsi di prim'ordine sui diritti, ma che difficilmente possono essere discussi con efficacia senza una riflessione di second'ordine – e quindi filosofica – alle spalle. È quello che ho cercato di fare in questo lavoro. Dieci mesi fa, quando stavo terminando di radunare il materiale per cominciare a scrivere, mi colpì come una bastonata un passo di Jeremy Bentham. È questo:

All this talk about nature, natural rights, natural justice, and injustice proves two things and two things only: the heat of passions, and the darkness of the understanding.

Come al solito Bentham, al solo sentir parlare di diritti extra giuridici, vedeva rosso. Dal canto mio spero invece di essere riuscito a portare un po' di luce, senza aver per questo smorzato le

passioni.

Padova, 21 Gennaio 2012

Bibliografia

Adams, D.M.

- *Hohfeld on rights and privileges*, "Archiv für Rechtsphilosophie" 21 (1985)

Adkins, A.W.H.

- *Merit and responsibility. A study in Greek values*, Oxford University Press, Oxford 1960
- *Moral values and political behaviour in ancient Greece. From Homer to the end of the Fifth Century*, Norton, New York 1972

Aiken, H.D.

- *Rights, humans and otherwise*, "The Monist" 52-4 (1968)

Alchourron, C.

- (con E. Bulygin), *Analisis logico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

Alexander, J.M.

- *Capabilities and social justice*, Ashgate, Burlington, 2008

Anderson, A.R.

- *Logic, norms, and roles*, "Ratio" 4 (1962)

Anscombe, G.E.M.

- *Modern moral philosophy*, "Philosophy" 33 (1958)

Applbaum, A.I.

- *Are violations of rights ever right?*, "Ethics" 108 (1998)

Arnhart, L.

- *Darwinian natural right: the biological ethics of human nature*, The State of New York Press, New York 2001

Arnold, C.

- In E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights: – Analyses of right*

Audi, R.

- *The good in the right. A theory of intuition and intrinsic value*, Princeton University Press, Princeton 2004

Austin, J.

- *The province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press, Cambridge 1995

Axelrod, R.

- (con W. Hamilton), *The evolution of cooperation*, "Science" 211 (1981)
- *The evolution of cooperation*, Basic Book, New York 1984

Badhwar, N.

- *Friendship, justice, and supererogation*, "American Philosophical Quarterly" 22 (1985)

Bagnoli, C.

- *Dilemmi morali*, De Ferrari Editore, Genova 2006

Baier, K.

- *The moral point of view*, Cornell University Press, Ithaca 1958

Barcan Marcus, R.

- *Moral dilemmas and consistency*, “Journal of Philosophy” 77 (1980)
- In H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*:
– *More about moral dilemmas*

Bastit, M.

- *Naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Presses Universitaires de France, Paris 1990

B. Baum Levenbook

- In W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times*:
– *Are there any positive rights?*

Beitz, C.R.

- *The idea of human rights*, Oxford University Press, Oxford 2009

Benditt, T.

- *Rights*, Rowman and Littlefield, Totowa 1982

Benn, S.I.

- (con R.S. Peters), *The principles of political thought. Social foundations of the democratic state*, Macmillan, New York 1959

Bentham, J.

- In *Jeremy Bentham's economic writings. Critical edition based on his printed works and unprinted manuscripts*, Taylor & Francis Routledge, London 2004:
– *Supply without burthen; or escheat vice taxation* (vol. I)
- *Of laws in general*, Hart Publishing, London 1970
- In *The works of Jeremy Bentham*, William Tate, Edinburgh 1838-1843:
– *A fragment on government* (vol. I)
– *Anarchical fallacies* (vol. II)
– *An introduction to the principles of morals and legislation* (vol. I)
– *Pannomial fragments* (vol. III)
– *View of a complete code of law* (vol. III)
- *The limits of jurisprudence defined*, Greenwood, Westport 1970

Besselink, L.

- *The impious hypothesis revisited*, “Grotiana” 9 (1988)

Biasetti, P.

- In A. da Re & A. Ponchio (a cura di), *Il conflitto morale*, Il Poligrafo, Padova 2011:
– *Dilemmi simmetrici e diritti morali delle vittime*

Biondo, F.

- *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino 2003

Blackburn, S.

- in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*:

- *Dilemmas dithering, plumping and grief*
 - in T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*
 - *Errors and the phenomenology of value*
- Boas, F.
- (con A.O Lovejoy), *Primitivism and related ideas in antiquity*, Octagon Books, New York 1965
- Bobbio, N.
- *L'età dei diritti. Dodici saggi sul tema dei diritti dell'uomo*, Einaudi, Torino 1990
 - *Natura e diritto*, “Civiltà delle macchine” 4 (1974)
- Bradley, F.H.
- *Ethical studies*, Clarendon, Oxford 1927
- Brandt, R.
- *Ethical theory*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1959
 - (a cura di) – *Social justice*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1962
 - *The concept of a moral right and its functions*, “Journal of Philosophy” 80 (1983)
 - *The concept of obligation and duty*, “Mind” 73-291 (1964)
 - *Utilitarianism and moral rights*, “Canadian Journal of Philosophy” 14-1 (1984)
- Braybrooke, D.
- *The firm but untidy correlativity of rights and obligations*, “Canadian Journal of Philosophy” 1(1972)
- Breakey, H.
- *Without consent: principles of justified acquisition and duty-imposing powers*, “The Philosophical Quarterly” 59-237 (2009)
- Brennan, S.
- *How is the strenght of a right determined? Assessing the harm view*, “American Philosophical Quarterly” 32-4 (1995)
 - *Moral lumps*, “Ethical Theory and Moral Practice” 9 (2006)
 - *Thresholds for rights*, “The Southern Journal of Philosophy” 33 (1995)
- Brent, A.
- In V. Mäkinen e P. Korkman (a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse:*
 - *Politics, right(s) and human freedom in Marsilius of Padua*
- Brink, D.O.
- In H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory:*
 - *Moral conflict and its structure*
- Bryson, G.
- *Man and society: The scottish inquiry of the eighteenth century*, Princeton University Press, New York, 1948
- Buchanan, A.
- *What's so special about rights?*, “Social Philosophy and Policy” 2 (1984)
- Bulygin, E.
- (con C. Alchourron), *Analisis logico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991
- Burge, T.

- *Content preservation*, “The Philosophical Review” 102-4 (1993)
- *Perceptual entitlement*, “Philosophy and Phenomenological Research” 67-3 (2003)

Burgess, J.

- *Against ethics*, “Ethical Theory and Moral Practice” 5 (2007)

Calabi, L.

- *Darwinismo morale. Aspetti della riflessione contemporanea*, ETS, Pisa 2002

Calori, F.

- (con T. Nagel) – *La valeur de l'inviolabilité*, “Revue de métaphysique et de morale” 99 (1994)

Cameron, A.M.

- In W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times: – MacCormick's liberal theory of rights*

Campbell, T.

- *Rights. A critical introduction*, Routledge, New York 2006

Chang, R.

- (a cura di) – *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1997

Clark, D.A.

- In D.A. Clark (a cura di), *The Elgar companion to development studies*, Edward Elgar, Cheltenham 2006: – *Capability approach: its development, critiques and recent advances*

Coleman, J.

- In V. Mäkinen e P. Korkman (a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse: – Are there any individual rights or only duties? On the limits of obedience in the avoidance of sin according to late medieval and early modern scholars*

Conee, E.

- *Against moral dilemmas*, “The Philosophical Review” 91 (1982)
- *Why moral dilemmas are impossible*, “American Philosophical Quarterly” 26-2 (1989)

Cooper, J.

- *Justice and rights in Aristotle “Politics”*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996)

Cottingham, J.

- In W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times: – The philosophical status of natural rights*

Cranston, M.

- *Human rights today*, Ampersand, London 1962
- *What are human rights?*, Taplinger, New York, 1973

Cruft, R.

- *Against individualistic justification of property rights*, “Utilitas” 18-2 (2006)
- *Beyond interest theory and will theory?*, “Law and Philosophy” 23 (2004)
- *Why aren't duties rights?*, “The Philosophical Quarterly” 56 (2006)

Dabin, J.

- *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, “Archives de Philosophie du Droit” 9 (1964)
- Dasgupta, P.
- In A. Sen & B. Williamsn (a cura di), *Utilitarianism and beyond: – Utilitarianism, information and rights*
- Darby, D.
- *Are world without moral rights impoverished?*, “The Southern Journal of Philosophy” 37 (1999)
- Darwin, C.
- *The descent of man, and selection in relation to sex*, John Murray, London 1871
 - *The expression of the emotions in man and animals*, John Murray, London 1872
- De Mori, B.
- *Che cosa sono i diritti morali? Un punto di vista analitico*, Verifiche, Trento 2000
 - *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, Pisa, ETS 2002
 - *Inventare il giusto e l'ingiusto. Saggio sull'etica di John Leslie Mackie*, Il Lavoro Editoriale, Ancona 1998
- Dershowitz, A.
- *Rights from wrongs. A secular theory of the origins of rights*, Basic Books, New York 2004
- De Vecchi, F.
- *La libertà incarnata. Filosofia, etica e diritti umani secondo Jeanne Hersch*, Bruno Mondadori, Milano 2008
- Di Lucia, P.
- *Normatività. Diritto, linguaggio, azione, Giappichelli, Torino 2003*
- Donagan, A.
- *Consistency in rationalist moral system*, “The Journal of Philosophy” 81-6 (1984)
- Donnelly, J.
- *How are rights and duties correlatives?* “Journal of Value Inquiry” 16-4 (1982)
 - *Human rights as natural rights*, “Human Rights Quarterly” 4-3 (1982)
 - *The concepts of human rights*, London, Croom Helm 1985
- Dretske, F.
- *Epistemic rights without epistemic duties?*, “Philosophy and Phenomenological Research” 60-3 (2000)
- Dumont, L.
- *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Editions du Seuil, Paris 1983
- Dworkin, R.
- *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1985
 - *Law's empire*, Hart Publishing, Oxford 1986
 - *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000
 - *Taking rights seriously. With a new appendix, a response to critics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1978
 - *What is equality? Part 1. Equality of Welfare*, “Philosophy & Public Affairs” 10-3 (1981)
 - *What is Equality? Part 2. Equality of Resources*, “Philosophy & Public Affairs” 10-4 (1981)

Edmundson, W.A.

- *State of the art: The duty to obey the law*, “Legal Theory” 10 (2004)

Edwards, J.

- *Rights: foundations, contents, hierarchy*, “Res Publica” 12 (2006)

Elster, J.

- In A. Sen & B. Williams (a cura di), *Utilitarianism and beyond: – Sour grapes – Utilitarianism and the genesis of wants*

Erh-Soon Tay, A.

- (con E. Kamenka – a cura di), *Human rights*, St. Martin Press, New York, 1978

Ewin, R.E.

- *Virtues and rights. The moral philosophy of Thomas Hobbes*, Westview, Boulder 1991

Facchi, A.

- *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna 2007

Fagiani, F.

- In C.A. Viano (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino 1990:
– *Etica e teorie dei diritti*

Fassò, G.

- *Storia della filosofia del diritto. Edizione aggiornata a cura di Chiara Faralli*, quattro volumi, Laterza, Bari 2001

Feinberg, J.

- In *Doing and deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton University Press, Princeton 1970:
– *Justice and personal desert*
- In *Freedom and fulfillment. Philosophical essays*, Princeton University Press, Princeton 1992:
– *An unpromising approach to the «right to die»*, originariamente in “Ratio Juris” 4-2 (1991)
– *In defense of moral rights: their bare existence*
– *In defense of moral rights: their constitutional relevance*
– *In defense of moral rights: their social importance*
- In *Rights, justice and the bound of liberty*, Princeton University Press, 1980:
– *Duties, rights and claims*, originariamente in “American Philosophical Quarterly”, 3-2 (1966)
– *The nature and value of rights*, originariamente in “The Journal of Value Inquiry” 4 (1973)
– *The rights of animals and unborn generation*, originariamente in W.T. Blackstone (a cura di), *Philosophy and environmental crisis*, University of Georgia Press, Athens 1974
- *Social philosophy*, Prentice Hall, Englewood Cliff 1973
- *Supererogation and rules*, “Ethics” 71-5 (1961)
- *Wasserstrom on human rights*, “The Journal of Philosophy” 61-20 (1964)

Ferrarin, A.

- *Artificio, desiderio, considerazione di sé. Hobbes e i fondamenti antropologici della politica*, ETS, Pisa 2001

Finley, M.I.

- In M.I. Finley (a cura di), *The legacy of Greece. A new appraisal*, Clarendon, Oxford 1981:

– Politics

Finnis, J.

- *Natural law and natural rights*, Clarendon, Oxford 1989

Fitch, F.

- *A revision of Hohfeld's theory of legal concepts*, “Logique et Analyse” 10 (1967)

Fieser, J.

- *The correlativity of duties and rights*, “International Journal of Applied Philosophy” 7 (1992)

Fonnesu, L.

- *Dovere*, La Nuova Italia, Firenze 1998
- In L. Ceri & S.F. Magni (a cura di), *Le ragioni dell'etica*, ETS, Pisa 2004:
– *Errori dell'ontologia. Percorsi della metaetica tra Russell e Mackie*

Foot, P.

- in W. Sinnott-Armstrong (a cura di), *Modality, morality, and belief*:
– *Moral dilemmas revisited*
- *Moral realism and moral dilemma*, “Journal of Philosophy, 80-7 (1983)

Frankena, W.

- In *Science, language and human rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1952:
– *The concept of universal human rights*
- *The naturalistic fallacy*, “Mind” 48 (1939)

Frede, M.

- *A free will. Origins of the notion in ancient thought*, University of California Press, Berkeley 2011

Frey, R.G.

- (a cura di) – *Utility and rights*, Basil Blackwell, Oxford 1985
- In *Utility and rights*:
– *Act-utilitarianism, consequentialism and moral rights*

Fried, C.

- *Right and wrong*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1978

Føllesdal, D.

- In R. Hilpinen (a cura di) *Deontic logic: introductory and systematic readings*:
– (con R. Hilpinen) – *An introduction*

Galletti, M.

- In B. de Mori e P. Zecchinato (a cura di), *Lo specchio e l'altro. La cura nel rapporto uomo-animale*, Mimesis, Milano-Udine 2008:
– *La cura tra gli esseri umani e le virtù*

Garner, R.

- *Abolishing morality*, “Ethical Theory and Moral Practice” 5 (2007)
- *On the genuine queerness of moral properties and facts*, “Australasian journal of philosophy” 68 (1990)

Gauthier, D.

- *Morals by agreement*, Clarendon Press, Oxford 1992

- *Why ought one obey God? Reflections on Hobbes and Locke*, “Canadian Journal of Philosophy” 7-3 (1977)
- Gerber, D.
- *Rights*, “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 62-3 (1976)
- Gewirth, A.
- *Are there any absolute rights?*, “Philosophical Quarterly” 32-122 (1981)
 - *Reason and morality*, The University of Chicago Press, Chicago 1978
 - *Rights and duties*, “Mind” 97 (1988)
 - *Rights and virtues*, “The Review of Metaphysics” 38 (1985)
 - *The community of rights*, The University of Chicago Press, Chicago 1996
 - *Why rights are indispensable?*, “Mind” 95 (1986)
- Gilligan, C.
- *In a different voice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1982
- Golding, M.P.
- In *Legal reasoning, legal theory and rights*, Ashgate, Burlington 2007:
 - *Rights, performatives and promises in Karl Olivecrona's legal theory*, originariamente in “Ratio Juris” 18 (2005)
 - *The primacy of welfare rights* M.P. Golding, originariamente in “Social Philosophy and Policy” 1 (1984)
 - *The significance of rights language*
- Gowans, C.W.
- (a cura di) – *Moral dilemmas*, Oxford University Press, New York 1987
- Gray, J.C.
- *The nature and sources of the law*, Peter Smith, Gloucester (Mass.) 1972
- Greenspan, P.
- In W. Sinnott-Armstrong (a cura di), *Modality, morality, and belief*:
 - *Perspectival guilt*
 - *Moral dilemmas and guilt*, “Philosophical Studies” 43, 1983
- Griffin, J.
- *On Human rights*, Oxford University Press, Oxford 2008
- Guttenplan, S.
- *Moral realism and moral dilemmas*, “Proceedings of the Aristotelian Society” 80 (1979)
- Guyau, J.M.
- *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, Alcan, Paris 1913
- Haakonssen, K.
- (a cura di – con Lacey, M.J) – *A culture of rights. The bill of rights in philosophy, politics, and law 1791 and 1991*, Cambridge University Press, Cambridge 1991
 - in K. Haakonssen e M.J. Lacey (a cura di), *A culture of rights*:
 - *From natural law to the rights of man*
 - *Hugo Grotius and the history of political thought*, “Political Theory” 13-2 (1985)
 - *Natural law and moral philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.) 1996

- *The science of a legislator: The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge University Press, Cambridge 1981

Hagstrom, W.O.

- *The scientific community*, Basic Books, New York, 1965

Hamilton, W.

- (con R. Axelrod), *The evolution of cooperation*, "Science" 211 (1981)

Hare, R.M.

- In *Application of moral philosophy*, University of California Press, Berkeley & Los Angeles 1972:
 - *Nothing matters*
- *Moral Thinking. Its levels, method, and point*, Oxford University Press, Oxford 1981
- In T. Honderich (a cura di), *Objectivity in ethics*:
 - *Ontology in ethics*
- In R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*:
 - *Rights, utility, and universalization. Reply to J.L. Mackie*

Harré, R.

- (con D. Robinson), *On the primacy of duties*, "Philosophy" 70 (1995)

Hart, H.L.A.

- *Are there any natural rights?*, "The Philosophical Review" 64-2 (1955)
- *Between utility and rights*, "Columbia Law Review" 79-5 (1979)
- In *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford 1982:
 - *Bentham and Beccaria*
 - *Legal rights*
 - *Natural rights: Bentham and John Stuart Mill*
 - *The demystification of the law*
 - *The United States of America*
- In *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon, Oxford 1983:
 - *Scandinavian realism*
- In A.I. Melden (a cura di), *Essays in moral philosophy*, University of Washington Press, Seattle 1958:
 - *Legal and moral obligation*
- In A.W.B. Simpson (a cura di), *Oxford essays in jurisprudence*, Clarendon, Oxford 1973
 - *Bentham on legal rights*
- *The concept of law*, Clarendon, Oxford 1994

Hegel, G.F.W.

- In *Gesammelte Werke*, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2010:
 - *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (vol. XIV.i e vol. XIV.ii) – trad. it. di G. Marino, Laterza, Bari 2004

Herbert, G.B.

- *A philosophical history of rights*, Transaction, New Brunswick 2002

Hersch, J.

- (a cura di) – *Le droit d'être un homme. Anthologie mondiale de la liberté*, J.C. Lattès & UNESCO, Paris 1968
- *L'exigence absolue de la liberté. Textes sur les droits humains*, MétisPresses, Geneve 2008

Hilpinen, R.

- (a cura di) – *Deontic logic: introductory and systematic readings*, Reidel, Dordrecht 1971
- In *Deontic logic: introductory and systematic readings*:
– (con D. Føllesdal) – *An introduction*
- (a cura di) – *New studies in deontic logic*, Reidel, Dordrecht 1981

Hinckfuss, I.

- *The moral society: its structure and effects*, Australian National University, Canberra 1987

Hobbes, T.

- In *The english works of Thomas Hobbes*, John Bohn, London 1966:
– *Human nature, or the fundamental elements of policy*, (vol. IV)
– *Leviathan. Or the matter, form, and power of a Commonwealth, ecclesiastical and civil*, (vol. III)
– *Philosophical rudiments concerning government and society*, (vol. II)

Hohfeld, W.N.

- *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, "Yale Law Journal" 26 (1917)
- *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Ashgate, Dartmouth 2001
- *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Yale University Press, New Haven 1919
- *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, "Yale Law journal" 23 (1913)

Honderich, T.

- (a cura di) – *Morality and objectivity. Essays in memory of John Mackie*, Routledge & Kegan Paul, London 1989

Hook, S.

- In H.E. Kefer e M.K. Munitz (a cura di), *Ethics and social justice*, State University of New York Press, Albany 1968:
– *Reflections on human rights*

Hudson S.D.

- (con D.N. Husak), *Legal rights: how useful is hohfeldian analysis?*, "Philosophical Studies" 37-1 (1980)

Hume, D.

- In *The philosophical works*, Scientia Verlag, Aalen 1964
– *A treatise of human nature*, (vol. I)

Hunt, L.

- *Inventing human rights*, Norton, New York 2007

Husak, D.N.

- (con S.D. Hudson), *Legal rights: how useful is hohfeldian analysis?*, "Philosophical Studies" 37-1 (1980)

Husserl, E.

- In *Gesammelte Werke*, Nijhoff, Den Haag 1975:
– *Logische Untersuchungen (Husserliana XVIII)* – trad. it. a cura di G. Piana, *Ricerche logiche*, vol. I, II Saggiatore, Milano 1968

Hutcheson, F.

- In *Collected works of Francis Hutcheson*, Gerg Olms, Hildesheim 1990:
– *A system of moral philosophy*, (vol. V e vol. VI)

Hyde, L.

- *The gift: Imagination and the erotic life of property*, Random House, New York 1979

Jones, P.

- *Rights*, St. Martin Press, New York 1994

Joyce, R.

- in M.E. Kalderon (a cura di), *Fictionalism in metaphysics*:
– *Moral fictionalism*
- *The evolution of morality*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 2006
- *The myth of morality*, Cambridge University Press, Cambridge 2001

Kagan, S.

- *The limits of morality*, Clarendon Press, Oxford 1989

Kalderon, M.E.

- (a cura di) – *Fictionalism in metaphysics*, Clarendon, Oxford 2005
- *Moral fictionalism*, Clarendon, Oxford 2005

Kamenka, E.

- (con A. Erh-Soon Tay – a cura di), *Human rights*, St. Martin Press, New York, 1978
- In E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*:
– *The anatomy of an idea*

Kamisar, Y.

- In A.B. Downing (a cura di), *Euthanasia and the right to death*, Peter Owen, London 1969:
– *Euthanasia legislation: some non-religious objections*

Kamm, F.

- *Harming some to save others*, “Philosophical Studies” 57 (1989)
- In *Intricate ethics. Rights, responsibilities and permissible harm*, Oxford University Press, Oxford 2007:
– *Conflicts of rights*
- *Morality, Mortality. Vol. II: Rights, duties and status*, Oxford University Press, Oxford 1996
- *Non-consequentialism, the person as an end-in-itself, and the significance of status*, “Philosophy and Public Affairs” 21 (1992)
- In J. Coleman, S. Shapiro (a cura di), *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*, Oxford University Press, Oxford 2002:
– *Rights*

Kanger, S.

- In R. Hilpinen (a cura di), *Deontic logic*:
– *New foundations for ethical theory*
- Law and logic, “Theoria” 38 (1972)

Kant, I.

- In *Kant's Gesammelte Schriften*, Drunk und Verlag von Georg Reimer, Berlin 1907:
– *Mataphysik der Sitten*, (vol. VI) – trad. it. di G. Vidari, Laterza, Bari 2006

Kelsen, H.

- *Die platonische Gerechtigkeit* – trad. it. in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 1998
- *Peace through law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1944
- *Reine Rechtslhere*, Franz Deuticke, Wien 1960

Kilcullen, J.

- In V. Mäkinen (a cura di), *The nature of rights*:
– *Medieval and modern concepts of rights: how do they differ?*

Kleinig, J.

- In E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*:
– *Human rights, legal rights and social change*

Klosko, G.

- *Political obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005

Knuuttila, S.

- In R. Hilpinen (a cura di), *New studies in deontic logic*:
– *The emergence of deontic logic in the fourteenth century*

Koller, P.

- *A conception of moral rights and its application to property and welfare rights*, “Ratio Juris” 5-2 (1992)

Korkman, P.

- (con V. Mäkinen – a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Springer, Dordrecht 2006

Kramer, M.

- (con N.E. Simmonds & H. Steineir – a cura di), *A debate over rights*, Clarendon, Oxford (1998)
- In *A debate over rights*:
– *Rights without trimmings*
- *Moral rights and the limits of the ought-implies-can principle*, “Inquiry” 48-4 (2005)
- (con H. Steiner), *Theories of rights: is there a third way?*, “Oxford Journal of Legal Studies” 27 (2007)

Kraut, R.

- *Are there natural rights in Aristotle?*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996)

Ladenson, R.F.

- *Two kinds of rights*, “Journal of Value Inquiry” 13 (1979)

Lahey, S.E.

- *Wyclif on rights*, “Journal of the History of Ideas” 58-1 (1997)

Lamont, W.D.

- *Principles of moral judgement*, Clarendon, Oxford 1946

Laporta, F.

- *Sobre el concepto de derechos humanos*, “Doxa: cuadernos de filosofia del derecho” 4 (1987)

Lazarev, N.

- *Hohfeld's analysis of rights: an essential approach to a conceptual and practical understanding of the nature of rights*, "Murdoch University Electronic Journal of Law" 9 (2005)

Lecaldano, E.

- *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Bari 1999

Lemmon, J.

- *Moral dilemmas*, "The Philosophical Review", 70 (1962)

Locke, J.

- In *The works of John Locke in ten volumes*, Scientia Verlag, Aalen 1963:
 - *Some thoughts concernings educations*, (vol. IX)
 - *Two treatises of government*, (vol. V)

Lomasky, L.

- *Gewirth generation of rights*, "Philosophical Quarterly" 31-134 (1981)
- *Personal projects as the foundation for basic rights*, "Social Philosophy & Policy" 1 (1983)
- *Persons, rights and the moral community*, Oxford University Press, Oxford, 1987

Louden, R.B.

- *Rights infatuation and the impoverishment of moral theory*, "Journal of Value Inquiry" 17 (1983)

Lovejoy, A.O.

- (con F. Boas), *Primitivism and related ideas in antiquity*, Octagon Books, New York 1965

Lyons, D.

- *Correlativity of rights and duties*, "Nous" 4 (1970)
- *Ethics and the rule of the law*, Cambridge University Press, Cambridge 1984
- *Human rights and the general welfare*, "Philosophy & Public Affairs" 6 (1977)
- *Forms and limits of utilitarianism*, Clarendon, Oxford 1965
- *Rights, claimants and beneficiaries*, "American Philosophical Quarterly" 6-3 (1969)
- In J. Waldron (a cura di), *Theories of rights*:
 - *Utility and rights*

MacCormick, N.

- In P.M.S. Hacker & J. Raz (a cura di), *Law, morality and society*:
 - *Rights in legislation*
- In *Legal right and social democracy*, Clarendon, Oxford 1982:
 - *Children's rights: A test-case for theories of right*, originariamente in "Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie" 32 (1976)

MacDonald, M.

- *Natural Right*, "Proceedings of the Aristotelian Society" 47 (1946-1947)

Mackie, J.L.

- *A refutation of morals*, "Australasian Journal of Philosophy and Psychology" 23 (1946)
- *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin Book, London 1977
- *Hume's moral theory*, Routledge & Kegan Paul, London 1980

- *Persons and values. Selected papers vol. II*, Clarendon, Oxford 1985:
 - *Can there be a right-based moral theory?*, originariamente in: “Midwest Studies in Moral Philosophy” 3 (1978)
 - *Morality and the retributive emotions*, originariamente in: “Acta Philosophica Fennica” 34 (1982)
 - *Rights, utility, and external costs*

Magni, S.F.

- *Etica delle capacità. La filosofia politica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, Bologna, 2006

Mahoney, J.

- In C.E. Curran (a cura di), *Moral theology: challenges for the future*, Paulist Press, New York 1990:
 - *The basis of human rights*
- *The challenge of human rights. Origin, development, and significance*, Blackwell, Oxford 2007

Maihofer, W.

- (con G. Sprenger – a cura di), *Law and the states in modern times. Proceedings of the 14th IVR world congress in Edinburgh*, August 1989, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1990

Marina, J.S.

- *Genealogy of morality and law*, “Ethical Theory and Moral Practice”, 3-3 (1998)

Maritain, J.

- *Man and state*, Chicago University Press, Chicago 1951

Marshall, P.

- *Two types of right*, “Canadian Journal of Political Science” 25-4 (1992)

Martin, R.

- *A system of rights*, Clarendon, Oxford 1993
- (con J. Nickel) – *Recent work on the concept of rights*, “American Philosophical Quarterly” 17-3 (1980)

Marx, K.

- *Zur Judenfrage*, “Deutsch Französische Jahrbücher” 1 (1844)

Mason, H.E.

- (a cura di) – *Moral dilemmas and moral theory*, Oxford University Press, New York 1996

Maspétiol, R.

- *Ambiguïté du droit subjectif: métaphysique, technique juridique ou sociologie*, “Archives de Philosophie du Droit” 9 (1964)

Mauss, M.

- *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, “Anne Sociologique” (1923-1924)

Mayr, E.

- *One long argument. Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991

Mazzarella, E.

- In L. Amoroso, A. Ferrarin, C. La Rocca (a cura di), *Critica della ragione e forme dell'esperienza. Studi in onore di Massimo Barale*, ETS, Pisa 201:
 - *I diritti umani come diritti naturali*

Mazzini, G.

- *Dei doveri dell'uomo*, Rizzoli, Milano 1950

McCloskey, H.J.

- *A note on utilitarian punishment*, "Mind" 72 (1963)
- *Human needs, rights and political values*, "American Philosophical Quarterly" 13-1 (1976)
- In *Moral dilemmas: readings in ethics and social philosophy*, Richard Purtill, Wadsworth 1985:
 - *Privacy and the right to privacy*
- *Rights*, "Philosophical Quarterly" 15 (1965)
- *Rights. Some conceptual issues*, "Australasian Journal of Philosophy" 54 (1976)
- In R.G. Frey (a cura di), *Utility and rights*:
 - *Respect for human moral rights versus maximizing good*

McConnell, T.C.

- *Moral dilemmas and consistency in ethics*, "Canadian Journal of Philosophy" 8-2 (1978)
- *Moral dilemmas and requiring the impossible*, "Philosophical Studies" 29 (1976)
- *The nature and basis of inalienable rights*, "Law and Philosophy" 3 (1984)
- in H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*:
 - *Moral residue and dilemmas*

McGrade, A.A.

- *Aristotle's place in the history of natural rights*, "The Review of Metaphysics" 49-4 (1996)

McIntyre, A.

- *Moral dilemmas*, "Philosophy and phenomenological research" 50 (1990)

McKeon, R.

- *The development and the significance of the concept of responsibility*, "Revue Internationale de Philosophie" 39-1 (1957)

Melden, A.I.

- (a cura di) – *Essays in moral philosophy*, University of Washington Press, Seattle 1958
- In N.E. Bowie, *Ethical theory in the last quarter of the twentieth century*, Ridgeview, Atascadero 1983
 - *On moral rights*
- *Rights in moral lives. A historical-philosophical essay*, University of California Press, Berkeley 1988
- *Rights and rights conduct*, Basil Blackwell, Oxford 1959
- *The play of rights*, "The Monist" 56 (1972)

Melloni, C.

- In A. da Re & A. Ponchio (a cura di), *Il conflitto morale*, Il Poligrafo, Padova 2011:
 - *Il punto di vista dell'agente: il conflitto morale come conflitto di desideri*

Melnyk, A.

- *Is there a formal argument against positive rights?*, "Philosophical Studies" 55 (1989)

Meyer, S.S.

- *Aristotle on moral responsibilities*, Blackwell, Oxford 1993

Meyers, M.J.

- *Rights between friends*, “The Journal of Philosophy” 89-9 (1992)

Mill, J.S.

- In *The collected works of John Stuart Mill*, Routledge and Kegan Paul, London 1974:
 - *A system of logic ratiocinative and inductive*, (vol. VII e VIII)
 - *On liberty*, (vol. XVIII)
 - *Use and abuse of political terms*, (vol. XVIII)
 - *Utilitarianism*, (vol. X)

Miller, F.D.

- *Aristotle and the origin of natural rights*, “The Review of Metaphysics” 49-4 (1996)
- *Nature, justice, and rights in Aristotle's Politics*, Clarendon, Oxford 1995

Minogue, K.R.

- In E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights*:
 - *Natural rights, ideology and the game of life*

Mish'alani, J.K.

- «Duty», «obligation» and «ought», “Analysis” 30-2 (1969)

Mitsis, P.

- In K. Ierodiakonou, *Topics in Stoic philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1999:
 - *The stoic origin of natural rights*

Montague, P.

- *Regarding absolute rights*, “Philosophical Studies” 46 (1984)
- *Rights and duties of compensation*, “Philosophy and Public Affairs” 13-1 (1984)
- *The nature of rights: some logical consideration*, “Nous” 19 (1985)
- *Two concepts of rights*, “Philosophy & Public Affairs” 9 (1980)
- *When rights are permissibly infringed*, “Philosophical Studies” 53-3 (1988)

Moore, G.E.

- *Principiata Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge 1903

Morimura, S.

- In W. Maihofer & G. Sprenger (a cura di), *Law and the states in modern times*:
 - *Social morality and right-based morality*

Moritz, M.

- *On hohfeldian privilege*, “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 59 (1973)

Morris, H.

- *Persons and punishment*, “The Monist” 52 (1968)

Mullholland, L.A.

- *Kant's system of rights*, Columbia University Press, New York 1990

Mullock, P.

- *The hohfeldian jural opposite*, “Ratio” 13 (1971)

Mäkinen, V.

- (a cura di) – *The Nature of rights: moral and political aspects of rights in late medieval and early modern*

- philosophy*, “Acta philosophica Fennica” 87 (2010)
- (con P. Korkman – a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Springer, Dordrecht 2006
- Nagel, T.
- (con F. Calori) – *La valeur de l'inviolabilité*, “Revue de métaphysique et de morale” 99 (1994)
 - *Personal rights and public space*, “Philosophy and Public Affairs” 24 (1995)
 - *The view from nowhere*, Oxford University Press, Oxford 1986
- Narveson, J.
- *Commentary on Feinberg*, “Journal of Value Inquiry” 4 (1970)
- Nederman, C.J.
- *Community and consent: the secular political theory of Marsiglio [sic] of Padua's Defensor Pacis*, Rowman & Littlefield, Lanham 1995
- Nelson, W.
- *On the alleged importance of moral rights*, “Ratio” 18 (1976)
 - *Positive rights, negative rights and property rights*, “Tulane Studies in Philosophy” 33 (1985)
- Nickel, J.
- *Are human rights utopian?*, “Philosophy and Public Affairs” 11 (1982)
 - *Making sense of human rights. Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*, University of California Press, Berkeley 1987
 - (con R. Martin) – *Recent work on the concept of rights*, “American Philosophical Quarterly” 17-3 (1980)
- Nielsen, K.
- *Grounding rights and a method of reflective equilibrium*, “Inquiry” 25 (1982)
 - *Scepticism and human rights*, “The Monist” 52-4 (1968)
- Nino, C.S.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994
 - *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989
 - *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires 1980
 - *Sobre los derechos morales*, “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho” 7 (1990)
- Nolan, D.
- (con G. Restall & C. West), *Moral fictionalism versus the rest*, “Australasian journal of philosophy” 83 (2005)
- Nozick, R.
- *Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, New York, 1974
 - *On the randian argument*, “The Personalist” 52 (1971)
- Nussbaum, M.
- *Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice*, “Feminist Economics” 9 (2003)
 - *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2006
- Oakley, F.
- *Natural law, laws of nature, natural rights. Continuity and discontinuity in the history of the ideas*, Continuum,

New York 2005

Oberdiek, J.

- *Lost in moral space: on the infringing/violating distinction and its place in the theory of rights*, “Law and Philosophy” 23 (2004)

Ogden, C.K.

- *Bentham's theory of fictions*, Littlefield, Adams & co., Paterson, 1959

Olivecrona, K.

- *Die zwei Schichten im naturrechtlichen Denken*, trad. ing. *The two level in natural law thinking*, “Jurisprudence” 1-2 (2010)
- In R.A. Newman (a cura di), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianapolis 1962:
 - *Legal language and reality*
- *Law as fact*, Stevens, London 1971
- *The term «property» in Locke's two treatises*, “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 61-1 (1975)

O'Neill, O.

- *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge 1996

Ovadia, E.

- *The withdrawal of rights*, Kluwer, Dordrecht, 2002

Paine, T.

- In *The writings of Thomas Paine*, Putnam's Sons, New York, 1894:
 - *Agrarian justice* (vol. III)
 - *Rights of man* (vol. II)

Parcerro, J.C.

- *Derechos morales: concepto y relevancia*, “Isonomía” 15 (2001)

Parfit, D.

- *Reasons and persons*, Oxford University Press, Oxford 1984

Penner, J.E.

- *The analysis of rights*, “Ratio Juris” 10-3 (1997)

Perry, R.

- *Correlativity*, “Law and Philosophy” 28 (2009)

Perry, T.D.

- *A paradigm of philosophy: Hohfeld on legal rights*, “American Philosophy Quarterly” 14-41 (1977)

Peters, R.S.

- (con S.I. Benn), *The principles of political thought. Social foundations of the democratic state*, Macmillan, New York 1959

Pettit, P.

- *Right, constraints and trumps*, “Analysis” 47 (1988)
- *The consequentialist can recognise rights*, “Philosophical Quarterly” 38-150 (1988)

Pievani, T.

- *Introduzione alla filosofia della biologia*, Laterza, Bari 2005

Pigden, C.

- *Nihilism, Nietzsche and the Doppelgänger Problem*, "Ethical Theory and Moral Practice" 5 (2007)

Pino, G.

- *Diritti soggettivi*, "Materiali per una storia della cultura giuridica" 2 (2009)

Pojman, L.P.

- *Are human rights based on equal human worth?*, "Philosophy and Phenomenological Research" 52 (1992)

Prichard, H.

- *Does moral philosophy rest on a mistake?*, "Mind" 21 (1912)

Primus, R.

- *The american language of rights*, Cambridge University Press, Cambridge 1999

Pugliese, G.

- In *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Jovene, Napoli 1953, vol. III:
– «Res corporales», «res incorporeales» e il problema del diritto soggettivo

Putnam, H.

- *Ethics without ontology*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2004
- *Realism with a human face*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990

Quinn, W.

- *The right to threaten and the right to punish*, "Philosophy and Public Affairs" 14 (1985)

Railton, P.

- In H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*:
– *The diversity of moral dilemma*

Rainbolt, G.

- *Perfect and imperfect obligations*, "Philosophical Studies" 98 (2000)
- *Rights as normative constraints on other*, "Philosophy and Phenomenological Research" 52-1 (1993)
- *The concept of rights*, Springer, Dordrecht 2006
- *Two interpretations of Feinberg's theory of rights*, "Legal Theory" 11 (2005)

Rand, A.

- In A. Rand, *Capitalism: The unknown ideal*, Signet, New York 1967:
– *Man's rights*

Rawls, J.

- *A theory of justice. Revised edition*, Oxford University Press, Oxford 1999
- *Justice as fairness: political not metaphysical*, "Philosophy & Public Affairs", 14-3 (1985)
- *Lectures on the history of moral philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000
- In R.M. Baird & S.E. Rosenbaum, *Morality and the law*, Prometheus Books, Buffalo 1988:
– *The obligation to obey the law*

Raz, J.

- (con P.M.S. Hacker – a cura di) – *Law, morality and society*, Clarendon, Oxford 1977

- *Legal rights*, "Oxford Journal of Legal Study" 4 (1984)
- *Practical reason and norms*, Hutchinson, London 1975
- (a cura di) – *Practical reasoning*, Oxford University Press, Oxford 1978
- *The concept of a legal system: An introduction to the theory of legal system*, Clarendon, Oxford 1980
- In J. Waldron (a cura di), *Theories of rights*:
– *Right-based theory*
- *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford 1986

Rea, B.R.

- *The interplay of legal and moral rights*, "The Journal of Value Inquiry" 20 (1986)

Reid, C.J.

- *The canonistic contribution to the western rights tradition: an historical inquiry*, "Boston College Law Review" 33-1 (1991)

Renaut, A.

- *L'ère de l'individu: contribution à une histoire de la subjectivité*, Gallimard, Paris 1989

Restall, G.

- (con D. Nolan & C. West), *Moral fictionalism versus the rest*, "Australasian journal of philosophy" 83 (2005)

Ritchie, D.G.

- *Natural rights. A criticism of some political and ethical conceptions*, Macmillan, New York 1903

Roberts, R.J.

- *What an emotion is: a sketch*, "Philosophical Review" 97 (1988)

Robinson, D.

- (con R. Harré), *On the primacy of duties*, "Philosophy" 70 (1995)

Rollin, B.

- *Animal pain: what it is and why it matters*, "Journal of Ethics" 15 (2011)
- *Animal rights & human morality. Third edition*, Prometheus Book, New York 2006
- In C. Wathes (a cura di), *Veterinary and Animal Ethics*, Wiley-Blackwell, Hoboken (di prossima pubblicazione: 2012):
– *Telos*

Rorty, R.

- In S. Shute e S. Hurley (a cura di), *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*, Basic Books, New York 1993:
– *Human rights, rationality and sentimentality*

Ross, A.

- *Directives and norms*, Routledge & Kegan Paul, London 1968
- *On law and justice*, Stevens, London 1958
- *Tû Tû*, "Harvard Law Review" 70 (1957)

Ross, W.D.

- *Foundations of ethics*, Oxford University Press, Oxford 1939
- *The right and the good*, Clarendon, Oxford 1930

Rowan, J.R.

- *Conflicts of rights. Moral theory and social policy implications*, Westview, Boulder 1999

Ruse, M.

- *Taking Darwin seriously*, Prometheus Book, New York 1998

Russell, B.

- *Is there an absolute good?*, "Russell. Journal of the Bertrand Russell Archives" IV-2 (1986-7)

Rutherford, T.

- *Institutes of natural law. Being a substance of a course of lectures on Grotius De iure belli et pacis read in Saint John's College, Cambridge*, William and Joseph Neal, Baltimore 1832

Ryan, A.

- *Introduction: more on Russell on the meaning of «good»*, "Russell. Journal of the Bertrand Russell Archives" VI-2 (1986-7)

Sahlins, M.

- *Stone age economics*, Aldine, New York 1972

Sandel, M.

- *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982

Sayre-McCord, G.

- *Deontic logic and the priority of moral theory*, "Noûs" 20-2 (1986)

Scanlon, T.M.

- *Rights, goals, and fairness*, "Erkenntnis", 2-1 (1977)
- *Symposium on Amartya Sen's Philosophy: Sen and consequentialism*, "Economy and Philosophy" 17 (2001)
- *What we owe to each other*, Belknap Press, Cambridge (Mass.) 1998

Schüßler, R.

- In V. Mäkinen e P. Korkman (a cura di), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse: – Moral self-ownership and ius possessionis in scholastics*

Searle, J.

- In J. Raz (a cura di), *Practical reasoning: – Prima facie obligations*

Segura Ortega, M.

- *Reflexiones sobre los llamados «derechos morales»*, "Derechos y libertades" 6 (1998)

Sen, A.

- *Adam Smith and the contemporary world*, "Erasmus Journal for Philosophy and Economics" 3-1 (2010)
- *Commodities and capabilities*, Oxford University Press, Oxford 1987
- *Consequential evaluation and practical reason*, "The Journal of Philosophy", 97 (2000)
- *Elements of a theory of human rights*, "Philosophy and Public Affairs" 32-4 (2004)
- *Equality of what?*, "Tanner Lectures on Human Values" 1 (1980)
- *Human rights and asian values*, Carnegie Council, New York 1997
- *Human rights and capabilities*, "Journal of Human Development" 6-2 (2005)
- *Inequality reexamined*, Oxford University Press, Oxford 1992

- *Legal and moral rights: old questions and new problems*, “Ratio Juris” 9-2 (1996)
- *Rationality and freedom*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2002
- In T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity*:
 - *Rights and capabilities*
- *Rights and agency*, “Philosophy & Public Affairs” 11 (1981)
- *The idea of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2009
- In S. Lall & F. Stewart (a cura di), *Theory and reality in development*, Macmillian, London 1986:
 - *Adam Smith's prudence*
- *Uses and abuses of Adam Smith*, “History of Political Economy” 43-2 (2011)
- (con B. Williams – a cura di), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 1982
- *Well being, agency and freedom. The Dewey Lectures 1984*, “The Journal of Philosophy” 82-4 (1985)

Shafer-Landau, R.

- *Specifying absolute rights*, “Arizona Law Review” 209 (1995)

Shapiro, D.

- *Conflicts and rights*, “Philosophical Studies” 55 (1989)

Sher, G.

- *Desert*, Princeton University Press, Princeton 1987

Sidgwick, H.

- *The methods of ethics*, Macmillian, London 1907

Simmonds, N.E.

- (con M. Kramer & H. Steiner – a cura di), *A debate over rights*, Clarendon, Oxford (1998)
- In *A debate over rights*:
 - *Rights at the cutting edge*
- In W.N. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions*:
 - *Introduction*

Simmons, A.J.

- (con C.H. Wellman) – *Is there a duty to obey the law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005
- *Justification and legitimacy: Essays on rights and obligations*, Cambridge University Press, Cambridge 2001
- *The lockean theory of rights*, Princeton University Press, Princeton 1992

Simpson, E.

- *Rights thinking*, “Philosophy” 72 (1997)

Singer, J.W.

- *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, “Wisconsin Law Review” 975 (1982)

Singer, M.C.

- *The basis of rights and duties*, “Philosophical Studies” 23 (1972)

Singer, P.

- *Animal liberation. Updated edition*, Harper, New York 2002

Sinnott-Armstrong, W.

- (a cura di) – *Modality, morality, and belief. Essays in honor of Ruth Barcan Marcus*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- *Moral dilemmas*, Basil Blackwell, New York 1988
- *Moral dilemmas and incomparability*, “American Philosophical Quarterly” 22 (1985)
- In H.E. Mason (a cura di), *Moral dilemmas and moral theory*:
– *Moral dilemmas and rights*

Smart, J.J.C.

- In J.J.C. Smart & B. Williams, *Utilitarianism: for and against*, Cambridge University Press, Cambridge 1973:
– *An outline of a system of utilitarianism ethics*

Smith, A.

- In *Glasgow edition of the works and correspondence of Adam Smith*, Liberty Fund, Indianapolis 1981:
– *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, (vol. IIa e IIb)
– *Lecture on jurisprudence*, (vol. V)
– *The theory of moral sentiments*, (vol. I)

Smith, J.M.

- *Evolution and the theory of games*, Cambridge University Press, Cambridge 1982

Smith, G.H.

- *The elements of right and of the law*, Callaghan & co., New York, 1887

Smith, T.

- *Moral rights and political freedom*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1995
- *Rights, friends and egoism*, “The Journal of philosophy” 90-3 (1993)

Sober, E.

- (con D.S. Wilson), *Unto others: the evolution and psychology of unselfish behavior*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999

Sprenger, G.

- (con W. Maihofer – a cura di) *Law and the states in modern times. Proceedings of the 14th IVR world congress in Edinburgh, August 1989*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1990

Sreenivasan, G.

- *A hybrid theory of claim-rights*, “Oxford Journal of Legal Studies” 25 (2005)
- *Duties and their direction*, “Ethics” 120-3 (2010)

Steiner, H.

- (con M. Kramer & N.E. Simmonds – a cura di), *A debate over rights*, Clarendon, Oxford (1998)
- In *A debate over rights*:
– *Working rights*
- *An essay on rights*, Blackwell, Oxford 1994
- (con M. Kramer), *Theories of rights: is there a third way?*, “Oxford Journal of Legal Studies” 27 (2007)

Stoljar, S.

- *An analysis of rights*, Macmillian, London 1984

- *Moral and legal reasoning*, Macmillian, London 1980
- Straumann, B.
- *Is modern liberty ancient? Roman remedies and natural rights in Hugo Grotius's early work on natural law*, "Law and History" 27-1 (2009)
- Strauss, L.
- *Natural right and history*, University of Chicago Press, Chicago 1950
- Sumner, L.
- *The moral foundation of rights*, Clarendon, Oxford 1987
- Taylor, C.
- In *Philosophical papers II. Philosophy and the human sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985:
 - *Atomism*
- Thomson, J.J.
- In *Rights, restitution, and risks: Essays in moral theory*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1986:
 - *A defense of abortion*, originariamente in "Philosophy and Public Affairs" 1 (1971)
 - *Rights and compensation*, originariamente in "Nous" 14 (1980)
 - *Self-defense and rights*
 - *Some ruminations on rights*, originariamente in "The University of Arizona Law Review" 19 (1977)
 - *The realm of rights*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990
- Tierney, B.
- *Marsilius on right*, "Journal of the History of Ideas" 52-1 (1991)
 - *Natural law and natural rights: Old problems and recent approaches*, "Review of Politics" 64-3 (2002)
 - *The idea of natural rights. Studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*, Scholar Press, Atlanta 1997
- Trigg, R.
- *Moral conflict*, "Mind" 80, 1971
- Trivers, R.
- *The evolution of reciprocal altruism*, "The Quarterly Review of Biology" 46 (1971)
- Tuck, R.
- *Natural rights theories: Their origin and development*, Cambridge University Press, New York 1979
- Upton, H.
- *Rights and duties* – A reply to Gewirth, "Mind" 96 (1987)
 - *Right-based morality and Hohfeld's relations*, "The Journal of Ethics" 4 (2000)
- Van Frassen, B.
- *Values and the heart's commands*, "The Journal of Philosophy" 70-1 (1973)
- Villey, M.
- *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, "Archives de Philosophie du Droit" 9 (1964)
 - *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, "Revue historique de droit" 24-5 (1946)
- Vincent, G.G.

- *An explanation of moral rights. In a practical view of the subject and as opposed to the erroneous idea of natural rights*, Thomas Cadell, London 1830

Vincenti, U.

- *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari 2009

Viola, F.

- *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Bari 1997
- *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000
- *Individuo, comunità, diritti. L'identità dell'individuo alla luce dei diritti dell'uomo*, "Teoria Politica" 8-3 (1992)

Vlastos, G.

- In R. Brandt (a cura di), *Social justice: – Justice and equality*

Von Wright, G.H.

- *Deontic logic*, "Mind" 60-237 (1951)
- In R. Hilpinen (a cura di), *Deontic logic: introductory and systematic readings: – Deontic logic and the theory of conditions*
- In R. Hilpinen (a cura di), *New studies in deontic logic: – On the logic of norms and actions*,
- *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1963

Wagner Decew, J.

- *Moral rights: conflicts and valid claims*, "Philosophical Studies" 54 (1988)

Waldron, J.

- *Rights in conflicts*, "Ethics" 99-3 (1989)
- (a cura di) – *Theories of rights*, Oxford University Press, Oxford 1984.
- In *Theories of rights: – Introduction*
- *The right to private property*, Clarendon, Oxford 1988
- *When justice replaces affection: the need for rights*, "Harvard Journal of Law & Policy" 11-3 (1988)

Warnock, G.

- *The object of morality*, Methuen & co., London 1971

Warrander, H.

- *The political philosophy of Hobbes*, Clarendon, Oxford 1950

Wasserstrom, R.A.

- *Rights, human rights and racial discrimination*, "Journal of Philosophy" 61 (1964)
- In W.A. Edmundson (a cura di), *The duty to obey the law*, Rowman & Littlefield Publishers, Lantham 1999: – *The Obligation to obey the law*

Weil, S.

- *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris 1949

Wellman, C.

- *An approach to rights. Studies in the philosophy of law and morals*, Kluwer, Dordrecht 1997

- *A theory of rights*, Rowman and Allanheld, Totowa 1985
- in E. Kamenka & A. Erh-Soon Tay (a cura di), *Human rights: – A new conception of human rights*
- *Real rights*, Oxford University Press, Oxford 1995
- *The proliferation of rights. Moral progress or empty rhetoric?*, Westview, Boulder 1999
- in *Uppsalaskolan – och efterat*, Almqvist and Wiksell, Stockholm 1978:
 - *Legal rights*

Wellman, C.H.

- (con A.J. Simmons) – *Is there a duty to obey the law?*, Cambridge University Press, Cambridge 2005
- On conflicts between rights, “Law and Philosophy” 14 (1995)

Wenar, L.

- *Epistemic and legal rights*, “Analysis” 63-2 (2003)
- *The nature of rights*, “Philosophy & Public Affairs” 33 (2005)

West, C.

- (con D. Nolan & G. Restall), *Moral fictionalism versus the rest*, “Australasian journal of philosophy” 83 (2005)

Westermarck, E.

- *Ethical relativity*, Routledge & Kegan Paul, London 1932
- *The origin and development of the moral ideas*, II volumi, Macmillian, London 1906 e 1915

Wild, J.

- *Natural law and modern ethical theory*, “Ethics” 63-1 (1952)

Williams, B.

- *Consistency and realism*, “Proceedings of the Aristotelian Society” 30 (1966)
- *Ethical Consistency*, “Proceedings of the Aristotelian Society” (supplement) 39 (1965)
- *Ethics and the limits of philosophy*, Fontana, London 1985
- In T. Honderich (a cura di), *Morality and objectivity: – Ethics and the fabric of the world*
- (con A. Sen – a cura di), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, Cambridge 1982
- In J.J.C. Smart & B. Williams, *Utilitarianism: for and against: – A critique of utilitarianism*

Williams, G.

- In R. Summer (a cura di), *Essays in legal philosophy*, Basil Blackwell, Oxford 1970:
 - *The concept of legal liberty*

Wilson, D.S.

- (con E. Sober), *Unto others: the evolution and psychology of unselfish behavior*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1999

Wittgenstein, L.

- *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford 1953

White, A.

- *Rights*, Clarendon, Oxford 1984
- *Rights and claims*, "Law and Philosophy" 1 (1982)

Zimmerman, M.J.

- *An essay on moral responsibility*, Rowman & Littlefield, Totowa 1988
- *The concept of moral obligation*, Cambridge University Press, Cambridge 1996