



CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI
PRESSO LA CORTE DI APPELLO DELL'AQUILA

Scuola di Formazione Forense
Quaderni
- 3

Maurizio Del Pinto

SUL FONDAMENTO ETICO
DEI DIRITTI UMANI

L'Aquila, Dicembre 2009

Anche quest'anno, nonostante tutte le problematiche conseguenti all'evento sismico che ha colpito la città dell'Aquila il 6 aprile 2009, abbiamo deciso di pubblicare il nostro quaderno.

L'argomento trattato deve ritenersi estremamente attuale e di fondamentale importanza per la formazione di coloro che vogliono intraprendere la professione forense.

Voglio ringraziare l'Avv. Maurizio Del Pinto per l'impegno profuso nella stesura del testo, in un momento così difficile ed incerto per le sorti della nostra Città!

Con questa pubblicazione la Scuola ha voluto manifestare anche un piccolo segnale di continuità, mi auguro che questa bella tradizione possa proseguire con questa qualità e determinazione anche in futuro.

Avv. Maurizio Capri
Presidente della
Scuola di Formazione Forense
di L'Aquila

SUL FONDAMENTO ETICO DEI DIRITTI UMANI

Maurizio Del Pinto

1) Premessa

Sebbene la ragion d'essere, la storia ed, in definitiva, la natura stessa dei diritti umani postulino di individuarne il fondamento oltre il diritto positivo, i giuristi di formazione continentale e, quindi, di tradizione "normocentrica" di solito non ritengono che una tale ricerca possa rivestire i caratteri del rigore metodologico e condurre a conclusioni sufficientemente oggettive; di conseguenza, lo studio del diritto si risolve per lo più nella interpretazione della legge ed i diritti fondamentali vengono rinvenuti soltanto nelle norme scritte ed, in primo luogo, nel testo costituzionale¹.

L'idea che esista un ambito di giuridicità estraneo al diritto positivo e, tuttavia, cogente è inconsueta per il giurista continentale, come pure è estranea al suo modo di pensare la possibilità che il giudice, oltre a ricavare ed applicare la norma al caso concreto, sia partecipe della elaborazione stessa della regola di diritto; eppure il nazismo, l'olocausto, il processo di Norimberga dovrebbero avere definitivamente sconfitto il positivismo giuridico e l'idea ad esso sottesa che lo Stato rappresenti da solo gli interessi dei cittadini, poichè la storia ha dimostrato tante volte che questi ultimi debbono essere tenuti distinti (talora addirittura difesi) proprio nei confronti dello Stato².

La conseguenza di tale sottovalutazione fa sì che il problema del fondamento giuridico e filosofico dei diritti umani (i due aspetti costituiscono, in realtà, un tutt'uno) non venga di solito preso in attenta considerazione dagli studiosi del diritto positivo, ma costituisca per lo più un terreno esplorato dai filosofi del diritto e della politica. Ma costoro si limitano, a loro volta, ad esaminare le basi etico-politiche dei diritti fondamentali senza trasferirle in ambito "applicativo", giacchè una tale

¹ Maffettone S., *Filosofia politica e diritti umani*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, p. 22.

² *Ibidem*.

operazione interdisciplinare richiede una formazione culturale di tutt'altro segno, inclusiva delle dinamiche attraverso le quali i diritti umani si inseriscono, modificandolo o adattandolo, nel sistema delle fonti e contribuiscono ad attenuarne la rigidità e ad accentuare la capacità di adattamento della *regula iuris* al caso concreto.

Ma il *modus operandi* dei diritti fondamentali è, in effetti, ben più capillare, poiché l'applicazione del diritto non è affidata soltanto al sistema giudiziario; la norma, infatti, produce anzitutto un effetto "conformativo" su una gamma di rapporti sociali infinitamente più estesa di quelli che confluiscono nel processo, il quale, dal punto di vista degli interessi coinvolti, non è altro che un metodo di composizione di un conflitto sociale. La regolamentazione dei rapporti giuridici è per lo più affidata alla volontà delle parti, alla spontanea osservanza delle norme, al condizionamento che esse producono sulla sensibilità sociale e sul senso di giustizia dei cittadini.

E', tuttavia, nell'ambito processuale e, quindi, attraverso l'azione dei suoi protagonisti che i diritti fondamentali vengono ad emersione per trovare una loro esplicita formulazione, indipendentemente dalla circostanza che il giudice li tragga da norme che esplicitamente li affermano, oppure li elabori ricavandoli da "principi" che supponiamo "giuridici", ma che, non essendo posti da alcuna norma, neppure programmatica, dovremmo definire "etici". Una differente e ben nota impostazione giuridico-filosofica, nella quale confluiscono tradizioni di pensiero di differenti matrici, suggerisce, invece, di estendere il concetto di "diritto" oltre la legge scritta, rinvenendo proprio in alcune norme etiche il fondamento più autentico del fenomeno giuridico, un criterio-guida per la corretta interpretazione del diritto positivo, la fonte di una eterointegrazione che consenta la ragionevole flessibilità della norma e, quindi, il suo adattamento alle caratteristiche del caso concreto.

E' intuitivo come una tale operazione non possa riguardare tutte le controversie che possono presentarsi all'attenzione di un giudice. Uno studioso di tradizione anglosassone e dalla lunga esperienza giudiziaria ha elaborato una interessante distinzione, che è poi anche un metodo operativo, per individuare le tipologie di casi nei quali l'applicazione del diritto si presenta problematica e richiede, pertanto, il ricorso a "principi" di complessa, quanto soggettiva, elaborazione. Egli ha distinto, da punto di vista del giudice, i casi giudiziari semplici, i casi di

media difficoltà e quelli difficili: mentre le controversie appartenenti alle prime due categorie possono essere risolte mediante norme puntuali, i casi complessi richiedono l'applicazione di principi generali e di diritti fondamentali e, dunque, comportano una più ampia discrezionalità del giudice.³

Ed è, appunto, in relazione a questi ultimi che allo studioso ed al giurista pratico si richiede una preparazione che va oltre la mera conoscenza del diritto positivo ed impegna la sua "esperienza umana", una cultura formata non soltanto sui testi normativi, ma consapevole anche dei principi etico-politici in vigore nella società e, pertanto, in grado di elaborare criticamente i valori che, pur non esplicitati normativamente, si debbono trarre da una società in continua evoluzione⁴.

Un tale atteggiamento presuppone, tuttavia, il superamento di barriere culturali ormai consolidate, se è vero che già nel 1921 Giorgio Del Vecchio, nel presentare il Programma della "Rivista internazionale di filosofia del diritto", si prefiggeva lo scopo di farne «il punto d'incontro di filosofi e giuristi, i quali troppo spesso si ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione, mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una sorta di comunione di lavoro e un attivo scambio di idee per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali».⁵

2) I diritti fondamentali e la legge dello Stato.

La riflessione sul ruolo dei diritti fondamentali e sul loro fondamento etico, prima ancora che giuridico, può ragionevolmente muovere da una considerazione sulla quale non può non esservi accordo: che, cioè, non possa essere riconosciuta allo Stato la legittimazione esclusiva ad identificare la soglia di intangibilità della persona e ciò per la evidente considerazione che tale "scudo" ha la funzione di proteggere gli individui tanto dall'azione di altri individui, quanto, ed assai più di

³ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 1995, *passim*.

⁴ Ivi, p.122.

⁵ F. Gentile, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, www.filosofiadeldiritto.it, p.10.

frequente, da aggressioni dell'autorità. Sarebbe, quindi, paradossale che lo Stato, nei confronti del quale i diritti possono essere vantati al fine di ricondurne l'azione entro i limiti di salvaguardia della libertà e dignità dell'individuo, detenesse il monopolio del loro riconoscimento: se così fosse, ne risulterebbe frustrata la loro stessa ragion d'essere.

Tale evidente considerazione conferma l'inadeguatezza di ogni approccio di stretta osservanza giuspositivista, dal momento che la pretesa di risolvere la categoria del "giuridico" nel solo diritto positivo si rivela all'evidenza incapace di spiegare la ragion d'essere dei diritti fondamentali, a meno di non voler loro negare qualsiasi contenuto giuridico, sostenendo una posizione inaccettabile nel momento in cui in nome dei diritti fondamentali vengono pronunziate sentenze, stipulati trattati internazionali e viene persino impiegata la forza delle armi.

E, tuttavia, non può certo apparire risolutivo, per quanto suggestivo, il riferimento al diritto naturale, che è tuttavia oggetto di un rinnovato interesse negli ultimi decenni in particolare nella dottrina nordamericana.

Il diritto naturale, infatti, per riassumere il pensiero di J. Locke con le parole di J. Yolton, afferma il primato della «giurisdizione della legge di natura, per il semplice fatto che essa prescrive le qualità dell'essere umano: anche quando noi apparteniamo a una società civile, le leggi di questa società non devono cozzare con la legge di natura».⁶

Una tale impostazione, tuttavia, si mostra inadeguata ove si consideri l'inesistenza di un consenso universale o largamente maggioritario su cosa debba intendersi e da quali fonti debba attingersi la legge naturale: qualunque prospettiva di tipo trascendente è in grado di soddisfare coloro che si riconoscono in una religione, ma non gli altri e neanche coloro che, muovendo da una prospettiva strettamente laica, propugnano la necessità di una rigida separazione tra la fede, da una parte, e il diritto e la politica, dall'altra. Ma anche il riferimento al diritto naturale come "diritto razionale", elaborato dalla Rivoluzione francese, sconta a sua volta la genericità del riferimento alla fredda razionalità e l'inadeguatezza a costituire una barriera contro lo strapotere degli Stati: ciò che è razionale non necessariamente è ragionevole ed a dimensione

⁶ J. W. Yolton, *John Locke*, Il Mulino, 1990, p. 91.

umana, mentre è proprio la *ragionevolezza* uno dei momenti di coesione dei diritti fondamentali.⁷

Il primato della legge di natura appare, pertanto, un concetto antiquato e, comunque, troppo lontano dalla nostra concezione del fenomeno giuridico.

Il riferimento al diritto naturale, anzi, sembra anche ambiguo poiché esso sottende l'idea che tutto ciò che non emerge puntualmente da norme specifiche non sia a pieno titolo "diritto".

E', invece, più vicino alla nostra concezione dei diritti umani il pensiero di Hegel, allorquando, nei "Lineamenti di filosofia del diritto", egli ha elaborato una distinzione tra il *diritto astratto o formale*, che è *l'essere in sé* del diritto, privo di forza cogente, e la *legge*, che è determinazione empirica o fenomenica (*l'essere posto*) attraverso la quale il primo acquista obbligatorietà. La forza cogente del diritto, tuttavia, presuppone, secondo il filosofo tedesco, che vi sia identità tra il "diritto astratto o formale" e la "legge", tra *l'essere in sé* e *l'essere posto*, sicché la legge va obbedita soltanto quando questa identità si realizza⁸. Egli, infatti, ha lamentato la fine dei valori, soffocati dal diritto dello Stato, che spesso costituisce la legalizzazione dell'ingiustizia, e si è espresso con rimpianto per i diritti dell'uomo citando l'Antigone di Sofocle, ove essi "valgono... come diritto degli dèi, non scritto ed infallibile"⁹.

Il pensiero di Hegel, pertanto, muovendo da una posizione molto più vicina alla nostra, converge verso quelle correnti che dell'anteriorità e della priorità del diritto rispetto allo Stato hanno fatto il loro carattere distintivo. A questo punto l'idea di rinvenire *l' in sé* del fenomeno giuridico nella società, piuttosto che nello Stato, travalica i confini del pensiero giusnaturalista, tanto che in epoca moderna, nello sviluppo e nell'intreccio delle differenti influenze culturali, il riferimento al naturalismo oppure al positivismo giuridico si presenta del tutto relativo, tutto sommato inutile ed, anzi, non privo di elementi di ambiguità. Si è

⁷ A. Spadaro, *Dall'indisponibilità ("tirannia") alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, «Politica del diritto», 2006, p. 1.

⁸ G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, 1999, p. 170, 171.

⁹ D.C.H. Broussard., "Nessun signore, nessun servo". *L'esperienza dell'ingiustizia come fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Struttura e senso dei diritti, L'Europa tra identità e giustizia politica*, a cura di F. Sciacca, B. Mondadori, 2008, p.139.

detto, infatti, che la prospettiva giusnaturalista non è ormai ritenuta accettabile ed, anzi, non è raro il caso di studiosi nel cui pensiero la critica solo con una certa forzatura ha voluto rintracciare elementi caratteristici del positivismo giuridico, quasi che il richiamo al giusnaturalismo equivallesse all'attribuzione di una etichetta di irrazionalità e, dunque, di antiscientificità o di fede acritica nel soprannaturale¹⁰.

D'altro canto, è anche innegabile che da alcuni decenni assistiamo ad una crisi progressiva del positivismo giuridico, al punto che una netta distinzione di questo dal diritto naturale appare oggi inattuale, dal momento che la maggior parte dei filosofi non si riconosce pienamente nell'una e neppure nell'altra tradizione, ma si colloca in una posizione intermedia¹¹.

Si consideri, ad esempio, l'opera di J. Rawls ed il suo sforzo di coniugare il moderno pensiero di matrice liberale con la giustizia sociale, riconoscendo un nocciolo duro di diritti che prescinde dalla struttura organizzata dello Stato, per essere venuto ad esistenza nel momento stesso della nascita della società. Recuperando una direttrice meno "fortunata" del pensiero kantiano, Rawls identifica il carattere comune di questi diritti nella loro "ragionevolezza"; proprio perché è improbabile la convergenza di una pluralità di individui sulla medesima concezione del "bene" (in quanto questa è condizionata dalle rispettive e molteplici visioni del mondo), un "disaccordo ragionevole" consente loro di convenire su alcuni requisiti essenziali della personalità umana¹².

3) Le contraddizioni dei diritti fondamentali.

3.1) *Esistono i diritti fondamentali?*

Sui contenuti etico-politici e sulla giuridicità dei diritti fondamentali v'è tuttora un acceso dibattito, che si focalizza su alcuni aspetti problematici, il primo dei quali riguarda la loro esistenza, vale a dire la loro natura di

¹⁰ S. Maffettone, *op.cit.*, p.22.

¹¹ *Ibidem*.

¹² S. Maffettone, *op.cit.*, p.34.

“diritti”. Sorge, infatti, il dubbio che essi siano soltanto il prodotto della ricerca filosofica ed esauriscano la loro funzione nella generica aspirazione ad un “diritto giusto”. Di fronte a tali perplessità, che sono il portato di un modo di ragionare condizionato dalla tendenza ad un impiego generalizzato del “metodo scientifico”, non vi è nulla di più appropriato che fornire una risposta “sperimentale”.

Nel 1968 la studiosa svizzera J.Hersch, consulente dell’UNESCO, chiese a tutti gli Stati di inviarle testi tratti dalle loro tradizioni anteriori al 1948 (data di approvazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo) «in cui a loro avviso si manifestasse, in qualsiasi modo, un senso per i diritti degli essere umani», raccogliendo in tal modo un materiale imponente che provvide a pubblicare¹³.

E’ un dato acquisito, infatti, che nella maggior parte degli ordinamenti moderni vi sia ampio spazio per tali diritti, salvo constatare come di volta in volta essi presentino un contenuto diverso, quando non addirittura opposto (si consideri, ad esempio, la condizione della donna, oppure l’interpretazione della libertà religiosa).

Tuttavia, riconoscere la natura giuridica dei diritti umani non vuol dire ancora essere in grado di individuarne i caratteri e, quindi, di tracciarne una definizione, per passare, poi, a verificare se in una data situazione tali aspetti siano o meno riscontrabili: convenire sull’esistenza di diritti fondamentali della persona non vuol dire affatto che vi sia consenso sulla loro identificazione e sul loro fondamento ed, anzi, il disaccordo è talmente ampio che il filosofo francese J. Maritain ha sostenuto l’opportunità di abbandonare la ricerca di un’intesa per convenire, più semplicemente, sul loro minimo comune denominatore pratico.¹⁴

3.2) *Universalità e multiculturalismo.*

Gli ostacoli che si frappongono ad una univoca definizione dei diritti fondamentali sono molteplici: il problema del loro carattere “universale” è probabilmente quello che meglio li sintetizza e li riassume, poiché esso

¹³ J. Hersch, *I diritti umani dal punto di vista filosofico*, B. Mondadori, 2008, p. 11.

¹⁴ A. Spadaro, *op. cit.*, p.167.

pone in evidenza uno degli elementi maggiormente contraddittori, vale a dire la coesistenza tra l'aspirazione a dotare tutti gli esseri umani di una base comune, di un nocciolo duro di diritti, da una parte, e la pluralità di ordinamenti ispirati a tradizioni giuridiche, etiche e religiose, come pure a differenti scale valoriali, dall'altra.¹⁵

L'origine comune dei diritti fondamentali come noi li conosciamo e li identifichiamo è chiaramente quella della cultura europea, sulla quale vi è un'ampia convergenza negli ordinamenti degli Stati occidentali, seppure essa non può dirsi completa, come dimostra la differente interpretazione della libertà religiosa e della laicità (si veda la complessa ed altalenante vicenda dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche).

L'esistenza di ordinamenti ispirati ad altre culture (si pensi, per utilizzare un esempio a noi vicino, agli ordinamenti islamici) che non riconoscono il primato della persona umana e la pospongono ad altri valori sembra rendere, tuttavia, ineluttabile una scelta di campo: rinunciare all'idea che i diritti fondamentali come noi li conosciamo abbiano una base universale, oppure, affermandone la vocazione universale, sostenere per implicito la superiorità della cultura giuridica occidentale, immaginandola come l'avanguardia di un movimento che finirà con l'attecchire anche nelle altre culture.

Il problema, che in prima analisi riguarda l'estensione dei diritti di libertà (ma anche dei diritti economici, sociali e culturali) della persona, è a sua volta inscindibile dall'organizzazione politica, non essendo immaginabile la tutela dei diritti fondamentali in ordinamenti non democratici o non compiutamente democratici, per il fatto stesso che questi non sono basati sulla centralità della persona umana, ma subordinano l'individuo ad interessi superiori, di tipo politico (come avviene nelle dittature o democrazie autoritarie), religioso (ad esempio, negli ordinamenti ispirati alla legge islamica) o, più semplicemente, attinenti alla struttura sociale (ad esempio, perché sono fondati sull'egemonia di un determinato gruppo etnico sugli altri); questi ordinamenti non riconoscono i diritti umani o, più semplicemente, li identificano con i "loro" diritti, quali, ad esempio, i diritti affermati dalla

¹⁵ S. Veca, *I diritti umani e l'illusione di Sait-Just*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, p. 7.

legge islamica, ritenuti superiori a quelli posti dalla legge degli Stati e da questa inviolabili, ma dichiaratamente non ispirati alla centralità della persona, bensì alla sua subordinazione ad un ordine trascendente.¹⁶

Affermando, quindi, l'esistenza dei diritti fondamentali, dobbiamo necessariamente predicarne il carattere universale, in quanto attinenti alla dignità stessa dell'uomo¹⁷, e contemporaneamente ammettere che essi non sempre e dovunque vengono riconosciuti, almeno nel senso in cui noi li intendiamo; e, nel fare questo, dobbiamo anche rifuggire dall'idea di una superiorità della nostra cultura, poiché tale idea è a sua volta in netto contrasto con i "nostri" stessi diritti, fondati sulla tolleranza, sul rispetto delle altre culture e sul diritto di autodeterminazione.

A conclusioni più accettabili, ma sostanzialmente non dissimili si giungerebbe ove si accogliesse l'impostazione, alla quale si ispirano per lo più i giuristi che si sono occupati della questione, secondo la quale i diritti fondamentali costituiscono una barriera che l'ordinamento internazionale predispone a protezione degli individui nei confronti degli Stati. Tale impostazione è sottesa alla cospicua produzione di fonti di diritto internazionale, il cui fondamento storico-politico è, appunto, quello di scongiurare violazioni di libertà fondamentali da parte di Stati totalitari e, quindi, il ripetersi delle drammatiche esperienze dei primi decenni del secolo XX. A tali premesse storico-politiche si sono ispirate la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1948, il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966 e numerose fonti di diritto internazionale regionale. Alle stesse esigenze sono ispirate le Carte costituzionali le quali, come la nostra, riconoscono i diritti fondamentali come preesistenti o, comunque, indipendenti dalla loro riproduzione nelle norme scritte e, quindi, non si limitano ad enunciarne taluni ma, mediante un meccanismo di rinvio che nel nostro caso è contenuto nell'art.2 Cost., "importano" anche i diritti riconosciuti in sede internazionale o, per utilizzare la formula contenuta nell'art.38, par.1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di

¹⁶ S. Barbirotti, *Sistema arabo-islamico e diritti umani*, «Riv.internazionale dei diritti dell'uomo», 2001, *passim*.

¹⁷ J. Hersch, *op. cit.*, p.11.

giustizia, i «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» (*general principles of law recognised by civilised nations*)¹⁸.

Se è, tuttavia, vero che questa impostazione appariva innovativa nel secondo dopoguerra, in quanto comportava il recepimento dei diritti umani in un contesto internazionale di garanzia, oggi essa mostra i segni del tempo e, tutto sommato, evidenzia i limiti di un approccio “debole”, il quale, infatti, ancora li riconduce a norme “poste”, sia pure di livello internazionale e, pertanto, esterne agli Stati.

Nella società globalizzata la rapida circolazione del pensiero, delle informazioni, delle immagini e la conseguente tendenza all’omologazione delle sensibilità individuali e collettive fanno sì che nel mondo occidentale l’opinione pubblica sia sempre meno indifferente o tollerante rispetto alle violazioni dei diritti fondamentali perpetrate nei Paesi che appartengono ad altre regioni del pianeta ed, in questo senso, il contrasto tra i ricordati documenti internazionali e le condizioni di grave violazione di tali diritti rendono evidente la inadeguatezza dei primi e, in generale, l’insufficienza dello stimolo per gli Stati ad adeguarsi agli *standard* internazionali.

Sotto un secondo aspetto, però, proprio tali *standard* si rivelano inadeguati, in quanto tendono a porre sullo stesso piano di tutela i diritti individuali nei Paesi occidentali e quelli nei Paesi più arretrati, quando è evidente che tale livello di protezione rappresenta una soglia ormai arretrata nei primi e troppo avanzata nei secondi: si pensi, per quanto riguarda i primi, all’affermato diritto ad un ambiente salubre, non esplicitamente menzionato come tale nel diritto internazionale generale, ma riconosciuto dalla maggior parte degli studiosi, sia pure con alcuni *distinguo*; si considerino, per quanto riguarda i secondi, i diritti fondamentali di natura economica, sociale e culturale, ben lungi dall’essere riconosciuti nei Paesi del Terzo mondo.

Va, inoltre, considerato che anche le organizzazioni internazionali e persino l’ONU sono state tacciate di comprimere i diritti umani. Si considerino gli interventi armati “umanitari” ed il grave problema delle vittime civili, come pure, molto di recente, il *Quinto Forum mondiale di*

¹⁸ A. Bianchi, *Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa: il concetto di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, in *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, a cura di A. Bianchi, M. Gestri, Giuffrè, 2006, p. 433 ss.

Istanbul, concluso il 22.3.2009, che ha negato l'esistenza di un diritto fondamentale all'acqua; conclusione, questa, paradossale che può trovare una spiegazione solo nella circostanza che molti Stati del Terzo mondo non sono in grado di assicurare alle rispettive popolazioni un approvvigionamento idrico di base.

In definitiva, può senz'altro convenirsi che qualunque entità politica (non soltanto statale, ma anche internazionale o sovranazionale) legittimata ad emanare norme che affermano diritti fondamentali può trovarsi essa stessa nella situazione di violare tali diritti o, comunque, di non assicurarne la salvaguardia. Di qui la conclusione che la base internazionalistica, in quanto anch'essa "normocentrica", è intrinsecamente insufficiente a dare consistenza e fondamento ai diritti umani, la cui giustificazione e legittimazione debbono necessariamente essere ricercate "prima" od "oltre" il sistema normativo, interno ed internazionale.

Occorre, tuttavia, riconoscere che il diritto internazionale riesce a cogliere più del diritto interno degli Stati l'essenza dei diritti umani.

Infatti, l'affermazione dei diritti fondamentali in sede internazionale costituisce uno dei sintomi del ridimensionamento dell'idea di "sovranità", dal momento che essa sottopone lo Stato a forme di controllo esterne, dinanzi a giurisdizioni internazionali alle quali non necessariamente esso si è preventivamente assoggettato.¹⁹ A questo proposito, la fine della "guerra fredda" ha notevolmente contribuito ad allargare la sfera di azione dei diritti umani, poiché dopo il 1989 essi sono stati invocati anche per giustificare l'intervento armato di coalizioni di Stati nel territorio di altri Stati, in applicazione del c.d. "diritto di ingerenza"²⁰.

Se è vero, quindi, che non soltanto gli ordinamenti giuridici degli Stati, ma anche le norme internazionali si rivelano spesso inadeguate a tutelare i diritti fondamentali come avvertiti dalla coscienza collettiva, tuttavia è innegabile il contributo del diritto internazionale all'affermazione dei diritti umani.

¹⁹ Maffettone S., *op. cit.*, p.34.

²⁰ *Ibidem*.

Le ragioni di tale contributo non consistono soltanto nel ridimensionamento della “sovranità” degli Stati, ma anche nel fatto che il diritto internazionale riconosce valenza normativa non soltanto a disposizioni puntuali e vincolanti in quanto scaturite da un processo di formazione “codificato” (il diritto dei trattati e le norme emanate dalle organizzazioni internazionali nei confronti degli Stati aderenti), ma anche a fonti più flessibili, quali la consuetudine internazionale, i *directing principles*, la *soft-law*.

Si tratta, in definitiva, di fonti che si prestano meglio delle norme precettive di carattere puntuale ad incorporare “principi” dotati di flessibilità e, dunque, a fungere da criteri di riferimento per la loro circolazione al di fuori degli ordinamenti nei quali sono stati elaborati e per l’importazione negli ordinamenti interni.

L’esperienza giuridica contemporanea, in particolare nel diritto internazionale, ma con osmosi nel diritto comunitario e nel diritto interno, riconosce valenza giuridica a tali “principi”, vale a dire a quelle enunciazioni di carattere generale che, pur se prive di immediata efficacia precettiva, rivestono tuttavia un ruolo determinante in sede programmatica e/o quali indirizzi interpretativi.

Se ne trovano applicazioni nella giurisprudenza costituzionale italiana (i “principi supremi” dell’ordinamento), nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. (i principi generali del diritto comunitario), nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo.

In tutti questi casi ma, più in generale, ogni qual volta il giudice afferma ed applica “principi generali”, deve sicuramente riconoscersi la giuridicità di questi ultimi, nonostante si tratti di affermazioni prive di una loro portata precettiva puntuale. L’importanza di tali principi, *dai quali si ricavano i diritti fondamentali*, sta anche nella loro flessibilità e capacità di adeguamento ai mutamenti della sensibilità collettiva, che verrebbero, invece, compromesse ove per “diritti umani” si intendessero soltanto quelli espressamente sanciti dalle norme di diritto positivo.

3.3) *Relatività, evoluzione e bilanciamento.*

Un ulteriore ostacolo concettuale al riconoscimento dei diritti umani è costituito dal conflitto apparentemente insormontabile tra il loro carattere universale ed assoluto, da una parte, e la continua tendenza alla inclusione di nuovi diritti, dall'altra.

Occorre, in effetti, considerare che l'idea dei diritti fondamentali come un patrimonio immutabile nel tempo, propria di un giusnaturalismo con una prospettiva trascendente, è definitivamente superata. Predomina, ormai, almeno nel mondo occidentale e persino nella Chiesa un approccio più flessibile, che considera inattuale l'idea di una legge naturale eterna ed immutabile e si apre, in una qualche misura, alla "storicizzazione" dei diritti umani; sembra significativa, a questo proposito, proprio l'evoluzione della posizione di esponenti autorevoli della Chiesa su temi sensibili come il divorzio, l'interruzione volontaria della gravidanza, la bioetica.

Vi è oggi un generale consenso sul superamento della concezione dei diritti fondamentali come assoluti ed immutabili, sostituita da una loro relativizzazione conseguente ad un approccio che li vuole fondati sulla "dignità dell'uomo", sulla "ragionevolezza" e persino sulla "qualità della vita", in una prospettiva che necessariamente ne enfatizza l'evoluzione storica e, quindi, in una qualche misura ne esalta la progressione e l'allargamento.

La linea di delimitazione dei diritti fondamentali è, pertanto, soggetta ad un continuo spostamento, in modo da acquisire nel loro territorio un gruppo crescente di principi che divengono, nella progressione storica, acquisizioni universali.

Il riferimento alla evoluzione storica dei diritti fondamentali conferma, peraltro, l'idea che questi siano *immanenti alla società* piuttosto che inerenti allo Stato e che, in quanto tali, subiscano una graduale evoluzione che accompagna il mutamento della coscienza collettiva. Il concetto è stato chiaramente espresso da Norberto Bobbio, secondo il quale i diritti fondamentali costituiscono una categoria tutt'altro che statica, ma - al contrario - essi sono delimitati *da confini in continuo spostamento ed, anzi, allargamento* «attraverso un processo di graduale differenziazione o specificazione dei bisogni e degli interessi, di cui si chiede

il riconoscimento e la protezione»²¹. Infatti, prosegue l'Autore, i diritti «nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al *progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini*, crea nuove minacce alla libertà dell'individuo, oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza: minacce cui si contravviene con richieste di limiti del potere; rimedi cui si provvede con la richiesta allo stesso potere di interventi protettivi. Alle prime corrispondono i diritti di libertà o un non fare dello Stato, ai secondi i diritti sociali o un fare positivo dello Stato»²².

Si è anche posto in evidenza²³, in una linea di continuità con tale impostazione, come al riconoscimento di nuovi diritti si pervenga attraverso *un lento e graduale processo*, nel quale nuove esigenze di protezione o di promozione dell'individuo vengono avvertite dalla società e danno luogo dapprima a nuovi *valori etici*, i quali si traducono (a seguito della pressione sociale, della riflessione teorica e della promozione da parte di rappresentanti politici, giudici, funzionari e cittadini) in valori politici, «per poi realizzarsi pienamente attraverso il diritto positivo, che assume questi valori, prima etici e poi politici, e li converte in valori giuridici con le tecniche proprie del diritto»²⁴.

Si ispirano alla medesima impostazione coloro che, negando l'esistenza di un nucleo statico di diritti umani la cui validità sia trasversale alle differenti culture, hanno ritenuto di delineare articolazioni complesse di diritti di base, la cui formulazione risente in una misura non determinabile *a priori* degli specifici contesti storici nei quali si sono formati.²⁵

Tale impostazione "storicizzata" dei diritti fondamentali ha trovato un importante avallo nel testo della nostra Carta costituzionale e nella sua interpretazione da parte della Corte Costituzionale.

L'art.2 Cost., infatti, nell'affermare che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» non intende limitarsi ad operare

²¹ N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e filosofia della storia*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990.

²² *Ibidem*.

²³ G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 1993, pag. 186.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ S. Maffettone, *op.cit.*, p. 38.

un mero rinvio ai diritti che trovano la loro sanzione nel diritto positivo: di fronte ad un generale consenso sulla formazione progressiva di nuovi diritti fondamentali e, comunque, sulla loro graduale specificazione ed acquisizione nella categoria del “giuridico”, una interpretazione minimalista che intendesse le norme come mero “raccordo” tra diritti già positivamente sanciti la priverebbe di sostanziali effetti propri, oltre a risultare antistorica.

Ed, infatti, la Corte, inaugurando tale linea interpretativa sin dagli anni '50²⁶ e progressivamente affinandola e precisandola, ha escluso che i diritti fondamentali costituiscano un “numero chiuso” ed ha ammesso che, oltre a quelli direttamente enunciati, debba essere riconosciuta l'esistenza di altri diritti, *ricavabili anche solo implicitamente dal testo costituzionale o deducibili dalla combinazione di norme*, ma ormai acquisiti al “patrimonio irretrattabile della persona umana”, che è suscettibile di continuo e progressivo arricchimento. In tal modo, la norma contenuta nell'art.2 Cost. diviene la chiave di accesso nell'ordinamento interno di una ampia gamma di diritti, *compresi alcuni che non trovano (o non trovano ancora) nel diritto positivo una esplicita e diretta enunciazione* e costituisce, quindi, una clausola generale dalle potenzialità pressoché illimitate.

Per altro verso, la espressa menzione costituzionale di determinate situazioni giuridiche non è da ritenersi sufficiente a farle sussumere nella categoria dei diritti fondamentali. E' emblematico il caso del diritto di proprietà, tutelato dall'art.42 Cost., pacificamente configurato come diritto inviolabile dalla dottrina liberale, non più riconosciuto come tale nel nostro ordinamento dalla dottrina post-costituzionale, ma protagonista di un successivo *révirement* a seguito della sua inclusione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dall'art. 1 del 1^o Protocollo del 1979, quindi riconosciuto come tale dalla giurisprudenza della CEDU²⁷ e della Corte di Giustizia²⁸, infine incluso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) all'art.17.

Altrettanto significativa è la vicenda del diritto alla salute (art.32 Cost.), la cui originaria lettura era orientata ad enfatizzarne gli aspetti di

²⁶ C. Cost. 3.7.1956 n.11.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo n. 3727/1979.

²⁸ Corte di Giustizia n.44/79, *Hauer*.

carattere pubblicistico (tutela della salute come interesse della collettività) e che, invece, ha visto progressivamente accentuarsi ed ampliarsi nel tempo la sua connotazione, peraltro espressamente menzionata, come diritto individuale della personalità.

Per quanto riguarda la tutela dell'ambiente, poi, fino alla riforma dell'art.117 Cost. mancava nel testo costituzionale un riferimento esplicito, sicchè il principio veniva ricavato dalla lettura combinata dell'art.32 (diritto alla salute) e dell'art.9, 2^a comma (tutela del paesaggio).

Quindi, piuttosto che alla sua enunciazione formale, per quanto contenuta in norme di rango costituzionale, è all'esame dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, così come esso si presenta nell'attuale momento storico, cioè al c.d. *diritto vivente* che occorre riferirsi per delineare la tutela dei diritti fondamentali.

Si tratta, pertanto, di un procedimento che apparentemente evoca, ma in realtà nulla ha a che vedere con i *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato* di cui all'art.12 disp. prel. cod. civ., il quale costituisce piuttosto un retaggio del passato, divergente rispetto alla successiva evoluzione dell'ordinamento e, comunque, inadeguato alle esigenze poste dalla Carta costituzionale e, in particolare, al ruolo ivi riconosciuto ai diritti fondamentali; non a caso l'art.12 è rimasto relegato in ambito di assoluta marginalità, non più per le sue insidiose aperture verso una funzione più attiva dell'interprete, ma per ragioni di segno contrario, in quanto, cioè, strumento del tutto insufficiente o, meglio, estraneo rispetto al sistema post-costituzionale²⁹.

Ma proprio l'apertura dell'ordinamento verso nuovi diritti in via di formazione rappresenta, ad un tempo, la sua forza ed il suo limite, essendo innegabile, da un lato, che essa rende tenui e scarsamente distinguibili i confini dei diritti fondamentali; dall'altro, che le emergenti spinte sociali, unitamente alla ampia autonomia di giudizio dell'interprete, tendono a dilatarli oltremodo, con l'effetto di far scivolare l'applicazione di questi diritti in un incontrollabile soggettivismo.

²⁹ Una delle sporadiche applicazioni del criterio si rinviene in Cass., II, 11.11.1986 n.6584, laddove la decisione, resa secondo i "principi generali" di cui all'art.12 disp. prel. cod. civ., viene giustificata con la natura "anomala" del rapporto giuridico all'esame della Corte.

Tali preoccupazioni sono state avvertite dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale, le quali si sono fatte carico del potenziale dirompente contenuto nella scelta interpretativa dell'art.2 Cost. inteso come "norma aperta".

La prima ha osservato come l'eccessivo ampliamento dei diritti fondamentali renda del tutto incerto il quadro normativo e rischi persino di rendere superfluo l'intervento del legislatore, una volta che al riconoscimento di taluni diritti si sia pervenuti direttamente per il tramite dell'art.2 Cost.³⁰

La seconda ha episodicamente tentato di ricondurre la lettura di quest'ultima norma entro limiti più "ragionevoli" o, meglio, più controllabili, enfatizzando il collegamento tra la medesima ed i diritti positivamente sanciti da altre norme interne o da trattati internazionali.³¹

Ai fini che qui interessano debbono essere posti in evidenza due profili che tale impostazione presenta.

In essa non soltanto è implicito l'aspetto, già evidenziato, dell'*apriorismo* dei diritti fondamentali rispetto al diritto positivo e, cionondimeno, del riconoscimento della loro *giuridicità*, ma si coglie anche un ulteriore profilo, che in definitiva costituisce un corollario del primo: vale a dire che l'utilità pratica e la stessa configurazione sistematica di diritti definiti "fondamentali" non presuppone affatto un loro esplicito riconoscimento nel diritto positivo, tanto che non ha più molto senso per l'interprete richiamarsi ad un "diritto fondamentale" una volta che questi rinvenga una tutela puntuale della situazione di fatto in una norma di legge. E', infatti, evidente che in tal caso il fondamento della protezione possa e debba rinvenirsi nel *precetto normativo*, piuttosto che in un *principio*, che del primo abbia costituito l'antecedente.

Non si vuole dire, con questo, che i diritti fondamentali cessino di essere tali, una volta che siano stati riconosciuti e pienamente tutelati dal legislatore, e siano divenuti diritti *tout court*, ma piuttosto che venga meno, in tal caso, la loro *funzione concreta*, dal momento che su di essi è

³⁰ A. Barbera, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, in L. Califano, *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2004.

³¹ Cfr., ad esempio, C. Cost. n. 50/1998 in tema di diritto alla libertà sociale e, segnatamente, del diritto a svolgere un'attività a propria scelta.

venuta a sovrapporsi una protezione diretta da parte del diritto positivo, mediante la quale si è evidentemente preso atto della avvenuta maturazione e definizione di una determinata situazione giuridica presso la collettività dei consociati, sicchè la stessa è stata pienamente recepita dal legislatore sotto la spinta di una rinnovata sensibilità sociale.

Questo avviene, però, soltanto in teoria, nel momento in cui viene accettato il superamento del carattere “assoluto” dei diritti umani e la loro conseguente relativizzazione, la quale, anzi, viene considerata come un loro vero e proprio presupposto: ogni pretesa, per quanto puntualmente tutelata, vede a sé contrapposti altri interessi confliggenti, salvo, poi, discutere sul metodo per conciliare e temperare i diritti in conflitto. Questo lavoro di *bilanciamento* (così viene definito in dottrina) compete necessariamente all’interprete, poiché ben difficilmente il legislatore è in grado di (o, comunque, intende) stabilire una volta per tutte che, tra due interessi contrapposti, l’uno deve sempre e comunque prevalere, sicchè il giudizio di prevalenza, così come la qualificazione di un interesse come “diritto fondamentale”, si fonde necessariamente con il giudizio sulla fattispecie concreta.

Il contemperamento tra diritti che tutelano interessi contrapposti costituisce ormai una esigenza ineludibile, scaturita dalla progressiva proliferazione dei diritti fondamentali, che la dottrina contribuisce continuamente ad identificare svolgendo un lavoro di raccordo e di sintesi tra le molteplici istanze che emergono promiscuamente dal tessuto sociale e dagli ordinamenti giuridici. Si consideri il c.d. «diritto ad un razionale impiego delle risorse pubbliche» che taluno ha ritenuto, all’esito di un processo argomentativo alquanto articolato, di evidenziare³²; di tratta di una pretesa la cui fondatezza rimonta al complesso delle norme e dei principi di contabilità pubblica veicolati dal diritto comunitario e dal Trattato di *Maastricht* quali fondamenti della moneta unica³³; allo stesso tempo, tuttavia, essa trova il suo fondamento nella stessa coscienza sociale (che in parte si è “storicizzata” in modo

³² T.Parenzan, *Ascendono al rango di diritti fondamentali dell'uomo della seconda generazione i diritti della collettività evidenziati dal diritto contabile pubblico in ordine alla gestione dei mezzi pubblici*, «Riv.italiana dir.pubblico comunitario», n.1/2003.

³³ Lorelli, *Il quadro delle finanze pubbliche nazionali nella Costituzione europea*, in S.Gambino, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, 2006, *passim*.

autonomo, ma per altra parte costituisce allo stesso tempo la causa e l'effetto di quelle norme), che ha assunto un ruolo più vigile nei confronti del potere politico e della pubblica amministrazione e tollera sempre meno che delle risorse pubbliche, risultanti da un pesante prelievo fiscale che le sottrae ai consumi ed agli investimenti privati, si usi in modo indiscriminato, clientelare o semplicemente inefficiente.

Spesso, come aveva già fatto notare Bobbio, i diritti vengono a trovarsi in conflitto tra loro³⁴ e tale fenomeno ha reso evidente la necessità di disporre di un criterio di ponderazione che li riferisca a qualche valore indipendente o, comunque, di elaborare un criterio di gerarchia che consenta di stabilire la priorità di certi diritti rispetto ad altri;³⁵ tale esigenza è stata efficacemente definita come *urgenza di riclassificazione dei diritti a scopo deflazionistico*, che consenta di ordinarli secondo il loro *nucleo fondamentale*.³⁶

Nell'impossibilità di adottare tale "riclassificazione", si è formato un generale consenso sul "bilanciamento" quale unico strumento idoneo ad un contemperamento di diritti che risulterebbero altrimenti in contrapposizione. Tale operazione, necessariamente affidata al giudice, consiste nel valutare caso per caso quale, tra più diritti fondamentali chiamati in causa, debba ritenersi prevalente nel caso specifico ed ha il pregio di consentire una ponderazione che tenga conto delle *connotazioni specifiche* assunte dai medesimi nelle singole fattispecie concrete. Essa presuppone l'abbandono della risalente concezione che attribuiva ai diritti fondamentali un valore assoluto, sicchè si presenta coerente sia con la "storicizzazione" e "relativizzazione" dei diritti, sia con la continua emersione di nuovi diritti.

E' questa la tecnica della quale si avvale la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella cui giurisprudenza si rinvengono affermazioni ricorrenti volte a contemperare tra loro l'uno o l'altro dei diritti fondamentali enunciati dalla Convenzione, oppure a porli a raffronto con l'interesse

³⁴ M. Calloni, Rispetto, riconoscimento e rappresentanza. Per un approccio "pragmatico" ai diritti umani e di cittadinanza, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori,

³⁵ I. Carter, *I diritti umani e la superiorità morale del liberalismo*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, p.40.

³⁶ S. Veca, *I diritti umani e l'illusione di Saint-Just*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, p. 7.

pubblico legittimamente perseguito dagli Stati o, infine, a salvaguardare l'intangibilità della sfera di discrezionalità delle autorità locali, statuali o meno, non solo perché legittimate al perseguimento dell'interesse generale, ma anche in quanto ritenute nella migliore condizione per apprezzare la necessità di determinati interventi legislativi o amministrativi.

E' chiaro che un siffatto modo di procedere esclude o, quantomeno, limita fortemente la possibilità di enunciare *criteri generali di prevalenza* ed enfatizza il ruolo dell'autorità decidente (sia essa il giudice od un organo della pubblica amministrazione) in un giudizio che inevitabilmente è differente "caso per caso".

Ed, infatti, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è pressoché impossibile evincere quali principi interpretativi essa abbia mostrato di fare propri, se non il già ricordato insieme di formule aperte, quali il potere discrezionale (*margin of appreciation*), che la Corte riconosce agli Stati quali osservatori privilegiati delle situazioni e delle esigenze locali, e la necessità di un opportuno bilanciamento (*fair balance*) tra i contrapposti interessi dell'individuo e della collettività.

Accade, così, non di rado che siano proprio le caratteristiche specifiche del fatto a determinare l'esito della causa e l'affermazione della prevalenza, o meno, di taluni diritti. Per esaminare soltanto un celebre esempio tra i moltissimi che si potrebbero addurre, si può ricordare il ricorso proposto da persone residenti in prossimità dell'aeroporto di *Heathrow* motivato da un'eccessiva rumorosità dell'attività di sorvolo, all'esito del quale la Corte ha ritenuto che le misure adottate dalle autorità preposte, volte alla limitazione delle emissioni sonore, costituissero *un giusto temperamento* degli interessi coinvolti ed ha, pertanto, escluso la violazione dell'art.8³⁷. Sulla stessa linea argomentativa, che ha però condotto a conclusioni diverse, si è posta altra coeva decisione, con la quale è stato accolto il ricorso di un cittadino spagnolo, la cui abitazione si trovava a pochi metri di distanza da un impianto di trattamento di rifiuti, per violazione della stessa norma della Convenzione, doglianza che ha trovato accoglimento sul rilievo che *in*

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21.2.1990, *Powell and Rayner v/ United Kingdom*.

*alcuna considerazione era stata tenuta la posizione dell'interessato da parte delle autorità, le quali non si erano adoperate per circoscrivere il pregiudizio*³⁸.

La Corte, dunque, non soltanto esegue un continuo *bilanciamento* tra interessi contrapposti, ma richiede anche agli Stati membri di risolvere i conflitti tra diritti mediante una analoga ed equilibrata attività di *bilanciamento*.

4) L'Unione europea ed il "catalogo" dei diritti fondamentali.

E' sostanzialmente la proliferazione dei diritti e la loro "relativizzazione" la ragion d'essere del lungo *iter* del "catalogo" dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tra le principali cause dell'espansione dell'ordinamento comunitario, le cui istituzioni intervengono ormai in pressoché tutte le materia, si possono indicare, da un lato, la carenza nel Trattato istitutivo e nelle successive modifiche di un elenco di materie, sostituito da un generico riferimento agli *obiettivi* della Comunità, che dovrebbero costituire il limite dell'azione delle istituzioni comunitarie; dall'altro, una interpretazione molto elastica dei medesimi *obiettivi* da parte della Corte di Giustizia, che ha legittimato in questo modo un surrettizio allargamento delle competenze comunitarie.

Posto che, come è stato giustamente osservato, «più aumentano le competenze, più cresce il pericolo di una lesione dei diritti fondamentali»,³⁹ è stato sollevato sia in sede scientifica che politica il problema della tutela del cittadino dinanzi ad una iperattività normativa dinanzi alla quale egli non ha efficaci strumenti di tutela, dal momento che l'unico giudice competente a conoscere della legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie è proprio la Corte di Giustizia, cioè una

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9.12.1994, *Lopez Ostra v/ Spain*.

³⁹ S. Douglas-Scott, *A tale of two Courts: Luxemburg, Strasburg and the growing European human rights acquis*, « Common Market Law Review », 2006, p.629-665. Cfr. anche A. Saccucci, *Profili di tutela dei diritti umani*, CEDAM, 2002, p. 20, il quale, in termini più generali, osserva che il cospicuo aumento delle competenze comunitarie in settori diversi da quelli economici ha comportato l'attribuzione di poteri normativi e di indirizzo tali da influire in misura crescente sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali.

istituzione comunitaria e, più in particolare, quella istituzione che ha legittimato l'allargamento dell'azione delle istituzioni sovranazionali.

Ed, infatti, serpeggia una certa diffidenza verso il giudice comunitario, poiché questo, da un lato, ha reso un parere negativo sull'ipotesi di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rifiutando di fatto di sottoporre l'attività delle istituzioni comunitarie al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo; dall'altro, ha elaborato una interpretazione originale dei "diritti fondamentali", includendovi promiscuamente sia quelli universalmente riconosciuti, sia i diritti (di contenuto economico) desumibili dal Trattato istitutivo, quale il diritto alla "libera circolazione", i quali, come è evidente, non hanno alcuna attinenza con i diritti fondamentali veri e propri.

In tale situazione è venuta progressivamente emergendo, sia in sede scientifica che politica, l'esigenza di una maggiore tutela dei diritti fondamentali nei confronti delle istituzioni comunitarie e, tuttavia, tale spinta è andata impropriamente a concentrarsi su un falso obiettivo. Ne è, infatti, scaturito un movimento di opinione che ha preteso l'elaborazione di un "catalogo", vale a dire di un testo normativo che enunciasse i singoli diritti fondamentali ai quali le istituzioni comunitarie si sarebbero dovute ispirare, il quale è stato, poi, approvato dal Consiglio europeo di Biarritz nell'ottobre del 2000 e "proclamato" dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione durante il Consiglio europeo tenutosi a Nizza nel dicembre dello stesso anno.

Paradossalmente, gli stessi fautori del "catalogo" si sono resi conto che esso avrebbe potuto "congelare" e, quindi, restringere i diritti fondamentali tutelati in sede comunitaria ed il loro contenuto, sicché le disposizioni della Carta di Nizza da un lato fanno salva la tutela dei diritti garantita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, dall'altro, riservano alla stessa Unione europea la facoltà di "concedere una protezione più estesa" dei medesimi diritti (art. 52).

Analogamente il documento precisa che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle

convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri» (art. 53).

Come si vede, la enunciazione del "catalogo" sortisce soltanto un effetto di *rinforzo* dei diritti fondamentali soprattutto allo scopo di fornire uno strumento giuridico che *vincoli l'Unione e le sue istituzioni*, ma si guarda bene dal pericolo di "ingessare" i diritti nella condizione corrispondente ad un determinato momento storico, sottolineando, anzi, la loro genesi multifattoriale mediante il richiamo alla pluralità delle fonti.

Ed, anzi, secondo un singolare percorso che forse è nel mondo del diritto meno infrequente di quanto si possa immaginare, il "catalogo" contenuto nella Carta di Nizza non soltanto non rafforza l'idea della necessità di una "positivizzazione" dei diritti fondamentali, ma, al contrario, costituisce la prova della valenza normativa di fonti *non binding*. Tale documento, infatti, nonostante sia decorso quasi un decennio dalla sua adozione, non è ad oggi ancora munito di un valore normativo pienamente vincolante, poiché è stato adottato mediante una procedura informale, poi è stato sussunto nel testo della Costituzione per l'Europa, mai entrata in vigore, e finalmente viene ora richiamato, con l'esplicita affermazione che esso «ha lo stesso valore giuridico dei trattati», dall'art. 6 TUE nel testo modificato dal Trattato di Lisbona. Cionondimeno i giudici comunitari (Corte di Giustizia e Tribunale di prima istanza) l'hanno già da tempo riconosciuto come il *principale strumento interpretativo* dal quale attingere il contenuto dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento comunitario.

La vicenda che precede costituisce, pertanto, una riprova della sterilità del dibattito sul carattere "vincolante" della Carta di Nizza e sulla necessità stessa che l'Unione si dotasse di un "catalogo" dei diritti fondamentali, poiché, se la loro penetrazione in sede comunitaria è stata rafforzata dalla emanazione di un documento sprovvisto di valore giuridicamente vincolante, è agevole comprendere che sia stato prodotto, piuttosto che un vincolo legale sul giudice comunitario, una *moral suasion*, un effetto giuridico nel senso più lato, la percezione di un mutamento di clima nell'Unione europea.

5) I diritti fondamentali e l'etica.

L'affermazione dei diritti umani introduce un significativo elemento di novità nel sistema delle fonti, dal momento che consente al giudice di decidere una controversia applicando *direttamente* un principio che egli stesso trae dal sistema, superando, così, anche la disciplina normativa di dettaglio che eventualmente regoli la materia; ove così non fosse, resterebbe frustrata la *ratio* stessa dei diritti fondamentali, la quale postula, appunto, la prevalenza di tali diritti sulla legge dello Stato.

Questo meccanismo si inserisce in modo coerente nella rivisitazione profonda in atto dei rapporti tra le fonti, contribuendo a quel processo che è stato definito di *destrutturazione* (e che è emerso dapprima come processo di *destrutturazione sociale*), in forza del quale l'interprete gode di larga discrezionalità nell'applicazione del diritto e può scegliere, tra le norme astrattamente applicabili, quelle che meglio di altre vengono ritenute adatte a regolare la fattispecie concreta, indipendentemente dalla loro collocazione formale.⁴⁰

Possono, a questo proposito, essere richiamate altre fonti di *destrutturazione* dell'ordinamento, per evidenziare come il fenomeno, nel quale vanno inquadrati anche i diritti fondamentali, sia in effetti più ampio.

Ad esempio, compete esclusivamente al giudice della causa stabilire se le norme di diritto nazionale applicabili risultino o meno in contrasto con un regolamento comunitario, essendo egli facultizzato (o, se giudice di ultima istanza, tenuto) a promuovere il "rinvio pregiudiziale" dinanzi al giudice comunitario soltanto se lo ritenga necessario per la corretta interpretazione delle norme dell'U.E.; diversamente, egli può e deve applicare direttamente la fonte pertinente e, in caso di contrasto, la norma comunitaria.

Ma, più in generale, è venuto ad emersione negli ultimi anni un complesso di principi di riparto delle competenze normative che, proprio per la sua necessaria genericità, lascia all'interprete un ampio margine di discrezionalità non soltanto, com'era in passato, nella lettura della

⁴⁰ N. De Sadeleer, *Environmental principles from political slogan to legal rules*, Oxford University Press, 2005, p.371.

norma, ma anche nella corretta applicazione dei criteri di riparto e, dunque, nell'individuazione e nella scelta delle norme da applicare: si tratta dei principi di *sussidiarietà*, di *proporzionalità*, di *leale collaborazione*, delle *competenze concorrenti*, principi che sono stati posti tanto nei rapporti tra Stato e Regioni, quanto tra lo Stato e l'Unione Europea.

La stessa penetrazione diretta di norme internazionali è foriera di produrre una profonda alterazione del tradizionale rapporto tra le fonti: si consideri, oltre a quanto si è già ricordato a proposito dei diritti fondamentali, il nuovo testo dell'art.117, 1^a comma, Cost., il quale esplicita la soggezione del legislatore nazionale alle fonti comunitarie ed internazionali (si vedano anche le sentenze n.348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale) ed apre la possibilità che queste ultime (non soltanto le norme comunitarie, ma anche le norme internazionali) vengano direttamente applicate nell'ordinamento interno.

Tale complessa ricerca dei diritti e delle fonti nel contesto dell'ordinamento (o, meglio, degli ordinamenti) implica evidentemente una funzione *creatrice* dell'interprete, stante la possibilità di scelta tra più opzioni interpretative che rimane affidata, come si è detto, anche alla sua individuale sensibilità.

I predetti principi, quindi, lo impegnano in un difficile compito ermeneutico nel cui esercizio ben difficilmente sarà possibile pervenire a soluzioni oggettive, scevre, cioè, da un determinante condizionamento da parte delle più profonde, radicate e, talora, inconsapevoli sue convinzioni, ovviamente di carattere non soltanto giuridico, ma anche etico.

Anche per tali ragioni, il diritto positivo ed i principi etici sono in continui rapporti di scambio, nei quali i secondi rivestono la funzione di integrare il precetto normativo ogni qual volta questo si riveli inadeguato o insufficiente⁴¹, tanto che «è forse diventato un luogo comune affermare che i diritti umani sono o definiscono l'etica del nuovo millennio».⁴²

⁴¹ S. Rodotà, *Ethics and Human Rights in the Information Society*, Relazione alla Conferenza Internazionale dell'Unesco, Strasbourg, 12.9.2007.

⁴² C. Del Bò, *I diritti umani tra giusto e bene*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, p. 55.

Si rende, quindi, necessario, nella ricerca dei diritti fondamentali, un “doppio livello di analisi”, nel senso che alla prospettiva più strettamente ancorata al diritto positivo deve accompagnarsi una ricerca sul loro fondamento etico⁴³, che necessariamente compete più al giudice che al legislatore.⁴⁴

E' stato efficacemente osservato che, accanto al nucleo di valori fondamentali che trovano un loro esplicito od implicito riconoscimento nelle norme, si può individuare *un altro gruppo di principi fondati su valori non ancora espressi e, tuttavia, compatibili con i primi ed individuabili nella società, valori che il giudice non può ignorare, a condizione che siano sufficientemente consolidati e non controversi.*⁴⁵

Il rischio è, ovviamente, è quello di far prevalere la *concezione del bene* propria di una particolare tradizione culturale sulle altre, privando i diritti umani di quella *veste neutrale* che sembra essere il presupposto per la loro universalità.

A questa perplessità J. Rawls ha tentato di dare una risposta confinando nella sfera etica, di per sé relativa, i soli principi che sovrintendono *all'idea del bene*: la neutralità dei diritti umani deriverebbe dalla loro attinenza alla *concezione del giusto*, che sarebbe in grado di affermarli come principi universali, esulando dalla sfera del bene, propria dell'etica. Ma lo stesso Autore nell'affermare la priorità del giusto sul bene non può disconoscere che «la giustizia traccia i limiti, il bene indica la direzione. Perciò il *giusto* e il *bene* sono complementari, e la priorità del giusto non nega che sia così. Il suo significato generale è questo: anche se, per essere accettabile, una concezione politica della giustizia deve lasciare uno spazio adeguato per le forme di vita che i cittadini possono difendere, le idee del bene cui essa fa appello devono restare entro i limiti tracciati – entro lo spazio consentito dalla concezione politica stessa».⁴⁶

⁴³ S. Maffettone, *op.cit.*, p.35.

⁴⁴ C. Del Bò, *op. cit.*, p.61. Sulla discrezionalità del giudice nell'applicazione dei diritti fondamentali, cfr. anche A. Barak, *op. cit.*, e G. Alpa, *L'arte del giudicare*, Laterza, 1996.

⁴⁵ A. Barak, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶ J. Rawls, *La priorità del giusto e idee del bene*, in *Saggi. Dalla giustizia come equità al liberalismo politico*, a cura di S.Veca, Comunità, 2001, p.205.

La concezione neutrale o strumentale dei diritti umani (i cui fautori non negano, tuttavia, che essi contengano *valori quantomeno latenti*) non può essere ritenuta soddisfacente⁴⁷, dal momento che finisce col negare ciò che di tali diritti costituisce, invece, l'essenza, il valore intrinseco; la loro natura di strumenti di protezione dei valori umani, come tali auspicabilmente neutrali, non può essere considerata come alternativa ai valori stessi, attinenti al momento relazionale tra gli individui e, quindi, alla dimensione sociale che costituisce il substrato sul quale interviene la regolamentazione da parte del diritto.⁴⁸

In questo senso è riduttivo pensare che essi si limitino a *veicolare valori* e che si possa prescindere da *un loro proprio contenuto etico*.

Così come va rifuggito il tentativo di svuotare i diritti fondamentali del loro contenuto etico, appare a maggior ragione inadeguato un approccio che volesse *risolvere gli stessi in un precetto morale*, svilendone la portata squisitamente giuridica.

E' stato osservato come il giudizio sia sempre il risultato di una *comparazione di valori* ed esso in tanto appare condivisibile, in quanto il giudice sia in grado di giustificare la fondatezza della soluzione accolta; il diritto ha sempre insita una valutazione etica, una ponderazione interpretativa di diverse alternative, tutte fondate su norme giuridiche e su un riferimento "morale" più o meno diretto, sicchè il tentativo di tracciare un confine tra "diritto" ed "etica", come se si trattasse di due complessi di regole ermeticamente separati, è destinato all'insuccesso.⁴⁹

In definitiva, possiamo immaginare che il confine tra il diritto e l'etica non sia contrassegnato da una linea di demarcazione precisa, ma piuttosto da una "zona grigia" sulla quale l'uno e l'altra tendono a sovrapporsi; i diritti fondamentali si situano proprio su tale area e condividono, perciò, le rispettive caratteristiche, veicolando nell'ambito *giuridico* alcuni precetti morali e nell'ambito *etico* taluni precetti normativi.

⁴⁷ R.Cruft, *Diritti umani e comunità umana. Sul valore non strumentale dei diritti umani*, in F. Sciacca, *Struttura e senso dei diritti; l'Europa tra identità e giustizia politica*, B. Mondadori, 2008, cit., p. 94.

⁴⁸ Ivi, p. 99.

⁴⁹ A. O. Tassara, *Diritto "positivo" e diritti umani*, Giappichelli, 1998, p.12.

