

Studi e ricerche

L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*

DAL «PATRIOTTISMO COSTITUZIONALE» ALL'UNIVERSALITÀ DEI DIRITTI UMANI

Fino agli anni '90 del secolo scorso l'opinione di gran lunga dominante tra i costituzionalisti era che nei diritti fondamentali si riflettesse l'identità, l'autopercezione e la cultura di ciascun popolo¹. Diverso era il linguaggio tra gli studiosi di diritto internazionale, che si occupavano di diritti umani. A livello di Costituzione nazionale, parlare di diritti fondamentali significava richiamare l'idea del «patriottismo costituzionale» – per usare una nota espressione di Jurgen Habermas – più che quella di un patrimonio universale riconosciuto a livello globale. Per questa ragione i diritti fondamentali costituzionali venivano circondati da speciali forme di protezione: essi erano considerati ad un tempo limiti impliciti alla revisione costituzionale e *controlimiti* rispetto al diritto europeo e internazionale². In quella prospettiva, garantire una protezione particolarmente rinforzata ai diritti fondamentali contro ogni possibile manipolazione proveniente dall'interno o dall'esterno non aveva solo il valore di porre al centro la persona umana e la sua dignità, ma anche quello «culturale» di preservare l'identità di una intera comunità politica, una identità radicata nella storia e nella tradizione di un popolo ed espressa nel suo atto fondativo: la Costituzione, appunto.

Anche l'interpretazione dell'art. 2 Cost. come clausola chiusa, che non permetteva il riconoscimento di «nuovi diritti fondamentali» oltre a quelli enumerati nel testo – diffusa nella giurisprudenza costituzionale e nella dot-

* Il presente saggio è frutto della rielaborazione della relazione presentata all'Accademia dei Lincei, al convegno 9-10 gennaio 2008, su *La Costituzione ieri e oggi*.

¹ In questo senso può anche leggersi la dottrina della «sovranità dei valori costituzionali» proposta da G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 3 ss.

² Corte costituzionale sent. n. 1146 del 1988.

trina fino ad anni assai recenti³ – intendeva proteggere da influenze indirette i valori costituzionali fondamentali: fino ad alcuni anni fa era affermazione condivisa che riconoscere nuovi diritti avrebbe implicato una inevitabile rimodulazione del contenuto di quelli esistenti, perché – questo era ed è l’argomento principale contrapposto alla lettura dell’art. 2 come clausola aperta – i diritti hanno una natura relazionale, cosicché ogni nuova immissione di fattispecie protette altera il quadro assiologico complessivo voluto dalla Costituzione⁴.

A partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso e con effetti evidenti nei primi dieci anni del nuovo millennio, sembra si sia avviata l’epoca dei «nuovi diritti». Mentre il testo della Costituzione italiana, per quanto riguarda la parte dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini, non ha subito modificazioni significative, ad uno sguardo un poco più attento si possono notare alcuni fattori che stanno agendo in modo carsico, trasformando alla radice la portata dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione italiana, rimodulando i loro contenuti e influenzando il bilanciamento tra i diversi diritti.

Nell’ambito della presente riflessione non mi riferirò tanto allo sviluppo giurisprudenziale dei valori costituzionali ad opera del loro interprete privilegiato – la Corte costituzionale – e degli altri giudici⁵. L’analisi riguarderà piuttosto alcuni fattori «esterni» tra cui vorrei soffermarmi in particolare sul sistema di tutela dei diritti approntato dall’Unione europea, sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo come interpretata e sviluppata dalla Corte di Strasburgo e sull’uso del diritto comparato per la soluzione dei casi giurisdizionali più complessi ed inediti inerenti ai diritti fondamentali.

³ È interessante notare che nel dibattito sull’art. 2 Cost. come fattispecie aperta o chiusa, per molto tempo la dottrina era compattamente schierata per l’interpretazione riassuntiva, con la significativa eccezione di A. Barbera, *Commento all’art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975. Recentemente, proprio questo Autore ha segnalato il rischio che oggi si ecceda nell’opposta interpretazione, riconoscendo «nuovi diritti» senza limiti: A. Barbera, «Nuovi diritti»: attenzione ai confini, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 19 ss. Nella giurisprudenza costituzionale la svolta verso la lettura aperta dell’art. 2 Cost. si è consolidata a partire dalla sent. n. 561 del 1987, in materia di libertà sessuale. In precedenza la Corte sembrava essersi espressa per una lettura aperta dell’art. 2 Cost. solo nel caso dei diritti dei transessuali, sent. n. 161 del 1985. In realtà in quel caso la legge aveva riconosciuto alcuni diritti in materia di rettificazione del sesso e la Corte si era limitata a rilevare che tale riconoscimento non contrastava con la Costituzione, affermando incidentalmente il diritto all’identità sessuale sulla base dell’art. 2 Cost.

⁴ Sul punto M.C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française*, Paris, PUF, 1994, 173 ss.

⁵ Sugli eccessi di creatività giurisprudenziale ad opera dei giudici comuni attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 cc relativa al risarcimento del danno non patrimoniale, che ha portato alla elaborazione di numerosi «nuovi diritti» si veda E. Lamarque, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in questa *Rivista*, 2008, 269 ss.

Nella seconda parte, sulla base delle osservazioni svolte, ci si inoltrerà in qualche considerazione critica sul rapporto tra universalità e tradizioni culturali nell'ambito dei diritti umani.

PARTE I

I FATTORI DEL CAMBIAMENTO

1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo

Fino ad epoca recentissima la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema di tutela dei diritti da essa sviluppatosi sembravano agire su un piano parallelo e tutto sommato separato rispetto a quello dei diritti costituzionali e della giustizia costituzionale interna. Il rango di semplice legge ordinaria riconosciuto alla Convenzione (rimasto inalterato nonostante il tentativo operato dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 1993) e il valore sussidiario della tutela della Corte di Strasburgo, chiamata ad intervenire solo in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, sembravano assegnare al sistema convenzionale il ruolo di una garanzia minima dei diritti, valevole sull'intero continente europeo, una garanzia pronta a scattare solo nei casi più gravi, e auspicabilmente sporadici, in cui gli Stati membri scendessero sotto la soglia di decenza.

Oggi, la situazione è radicalmente cambiata e le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale segnano l'inizio di una nuova epoca nei rapporti con la CEDU.

In vero, l'intervento della Corte costituzionale è stato da tempo preparato sotto la spinta di rilevanti evoluzioni, non prive di alcune forzature, della giurisprudenza interna.

Nel corso degli anni '90, la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno acquisito un'autorevolezza crescente, sia presso i giudici ordinari, sia presso la Corte costituzionale. Già da molti anni i giudici ordinari, le magistrature supreme e la Corte costituzionale tengono in adeguata considerazione le decisioni della Corte di Strasburgo come elementi guida nell'interpretazione delle leggi interne. L'interpretazione conforme alla Convenzione europea e alla giurisprudenza di Strasburgo si è diffusa presso molte autorità giurisdizionali. Talvolta, sovraccaricati di richieste di tutela dei diritti, i giudici ordinari si sono spinti anche oltre i limiti dei loro poteri, cercando rimedio persino nella disapplicazione della legge interna per contrasto con la CEDU⁶. Nel complesso, alla vigilia delle pronunce

⁶ Sulle possibili forzature insite nella tecnica di interpretazione «conforme a...» si veda M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in www.federalismi.it.

della Corte costituzionale del 2007, il panorama della giurisprudenza italiana sui rapporti tra fonti interne e Convenzione europea si presentava confuso e assai variegato⁷, non scevro da rischi per la certezza dei diritti dei cittadini, i quali incontravano risposte giurisdizionali assai diversificate a seconda della diversa sensibilità dei singoli giudici alla dimensione europea dei diritti fondamentali.

Da parte sua, la Corte costituzionale da tempo si riferisce alla CEDU come criterio interpretativo e integrativo del parametro costituzionale, considerandola come uno strumento di ricognizione delle tendenze emergenti in materia di nuovi diritti⁸. I primi segnali di questo uso integrativo del parametro costituzionale della CEDU e di altri strumenti internazionali di tutela dei diritti umani si possono far risalire sin alla sent. n. 404 del 1988 sul diritto all'abitazione. Ma, di nuovo, è nel corso degli anni '90 che la giurisprudenza costituzionale si è arricchita di esempi che confermano tale tendenza⁹, fino a che con la sentenza n. 388 del 1999 la Corte costituzionale ha affermato esplicitamente che le garanzie internazionali dei diritti umani e quelle costituzionali «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione». Da allora, sempre più frequenti sono i richiami alle carte internazionali dei diritti e alla giurisprudenza delle Corti europee nelle sentenze della Corte costituzionale.

Il terreno del cambiamento era dunque stato preparato sia dalla giurisprudenza ordinaria e di legittimità, sia dalla Corte costituzionale stessa.

Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Corte ha segnato però una svolta significativa, soprattutto nella parte in cui la Corte qualifica la CEDU come fonte ordinaria e però dotata di copertura costituzionale in forza dell'art. 117, primo comma Cost. e di conseguenza attrae nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale di tutte le questioni di compatibilità tra le leggi interne e la Convenzione europea, che dovrebbe portare ad escludere il potere di disapplicazione da parte dei giudici ordinari.

In effetti, da molto tempo si percepiva l'inadeguatezza della tradizionale impostazione che riconduceva la CEDU al regime dei comuni trattati internazionali, che in base al principio dualistico assumono nell'ordinamento interno

⁷ Sul punto si vedano gli studi di B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2002, 1303 ss.; Id. *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, ESI, 2006, 295 ss.; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 491 ss.; A. Guazzarotti, A. Cossiri, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello stato*, n. 3 del 2006.

⁸ D. Tega, *La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali* n. 2 del 2007, 431 ss.

⁹ Si vedano ad. es. sent. n. 62 del 1992, sulla tutela delle minoranze linguistiche; n. 349 del 1998 sul divario di età tra adottante e adottato; n. 399 del 1998 in materia di garanzie processuali.

lo stesso valore dell'atto di recepimento, e dunque di norma quello di una comune legge ordinaria. In qualche misura, l'oggetto della Convenzione – i diritti fondamentali – o, se si preferisce, il suo valore assiologico risultava sproporzionato rispetto al suo *status* come fonte del diritto, che la voleva relegata nel rango di una qualunque legge ordinaria. Si avvertiva da più parti la necessità di dotare la Convenzione di un'adeguata copertura costituzionale¹⁰, riconoscendo alla stessa il ruolo di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale della legge violatrice dei diritti convenzionali. La copertura costituzionale è stata volta a volta individuata dai vari autori, alternativamente o cumulativamente, negli artt. 2, 10, 11, o, più recentemente, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, intervenuta nel 2001, nell'art. 117 della Costituzione.

Con le sentenze del 2007 la Corte costituzionale scarta implicitamente o esplicitamente le altre ipotesi, per concentrarsi proprio sull'art. 117, primo comma della Costituzione. Tale scelta permette alla Corte di riconoscere alla CEDU una forza passiva superiore alle leggi ordinarie e dunque il valore di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo, con importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento che la CEDU concede agli Stati¹¹. A differenza di altre ipotesi, l'art. 117, primo comma non conduce alla completa costituzionalizzazione della Convenzione. L'art. 117, primo comma della Costituzione da un lato permette alla Corte costituzionale di espungere le normative nazionali che violano gli *standard* di tutela europei, ma dall'altro non la vincola ad importare pedissequamente nell'ordinamento interno qualunque affermazione in materia di diritti proveniente da Strasburgo. Le norme CEDU, come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, devono essere sottoposte ad una valutazione di compatibilità con la Costituzione italiana prima di essere ritenute idonee ad integrare il parametro dei giudizi della Corte costituzionale, a quanto emerge dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

Strettamente consequenziale alla scelta del parametro è l'individuazione del rimedio giurisdizionale per i contrasti tra leggi interne e Convenzione europea: non la disapplicazione della legge da parte dei giudici ordinari, bensì il giudizio di legittimità costituzionale della Corte costituzionale. Que-

¹⁰ Sul punto riassuntivamente per una panoramica delle varie posizioni della dottrina si veda C. Panara, *Il diritto internazionale nell'ordinamento interno: quid iuris?*, in www.federalismi.it, 1/2007, spec. par. 7.

¹¹ Questo aspetto, che a chi scrive pare particolarmente pregevole, perché consente di salvaguardare lo *jus commune* europeo dei diritti senza sacrificare le tradizioni costituzionali nazionali è invece criticato ad es. da A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it.

sto principio non intende mortificare l'operato dei giudici ordinari, né tanto meno emarginarli dal sistema «multilivello» della tutela dei diritti fondamentali. Esso mira, piuttosto, a precisare il loro ruolo, riconducendolo nell'alveo dell'interpretazione adeguatrice, mettendo in evidenza che i giudici non sono né soli né abbandonati a se stessi nello svolgimento del delicato compito della tutela dei diritti. Essi sono piuttosto parte di una complessa rete giurisdizionale di cui fanno parte anche le Corti costituzionali e le Corti europee. Come hanno chiarito di recente alcuni importanti contributi¹², i giudici di merito debbono seguire a cercare soluzioni che armonizzino il diritto interno con l'ordinamento CEDU e debbono essere caldamente incoraggiati ad operare in questa direzione. Con altrettanta chiarezza e determinazione debbono, però, anche essere ricordati i limiti dell'azione dei giudici comuni. Di fronte ai contrasti tra diritto interno e Convenzione europea, i giudici ordinari debbono e possono agire nei limiti dell'*interpretazione adeguatrice*, mentre è loro preclusa la strada della *disapplicazione* del diritto interno¹³.

Questa precisazione è quanto mai opportuna, dal momento che l'evoluzione dei sistemi europei di tutela dei diritti sta seguendo una duplice direzione, perché da un lato, con un movimento accentratore, esalta il ruolo delle Corti europee e dall'altro, per il rapporto privilegiato che queste intesono con i giudici ordinari, valorizza contemporaneamente gli elementi di diffusione nella tutela giurisdizionale dei diritti. Il risultato di questo duplice movimento, accentratore e di diffusione ad un tempo, potrebbe essere l'emarginazione della Corte costituzionale dalla tutela dei diritti, ambito tradizionalmente affidato alla giustizia costituzionale¹⁴. La linea seguita dalla Corte costituzionale nei rapporti con la Convenzione europea potrebbe contrastare tale deriva, preservando o restituendo almeno in parte alla Corte costituzionale il suo ruolo di «Corte dei diritti».

Per quanto graduale e prudente, il riordino dei rapporti tra ordinamento italiano e CEDU è senza dubbio rilevante e significativo. Oggi la prima parte della Costituzione italiana e i diritti fondamentali in essa contenuti alle

¹² A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione CSM, Roma, 28 febbraio-2 marzo 2007, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14032.pdf>; E. Lupo, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf>.

¹³ Si veda però lo studio di Ilaria Carlotto, sul «seguito» delle due sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, che evidenzia come non manchino applicazioni confuse dei principi posti dalla Corte o addirittura casi di ribellione, come nella sentenza del tribunale di Ravenna del 16 gennaio 2008 che viene analizzata. I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale del 2007*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁴ Rischio già segnalato all'epoca della approvazione della Carta di Nizza in riferimento al sistema di tutela dei diritti dell'Unione europea, v. M. Cartabia, A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.Cost.* 2002, 4477 ss.

influenze della CEDU e più ancora alle interpretazioni della Corte di Strasburgo. È chiaro infatti che quando la Corte afferma che le norme della Convenzione europea assumono il valore di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, essa non si riferisce soltanto alle disposizioni scritte del testo della Convenzione, ma, appunto, alle norme CEDU nel significato ad esse attribuito dalla interpretazione della Corte di Strasburgo. In definitiva, il ruolo di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità sarà assunto dalle decisioni della Corte di Strasburgo.

A questo proposito occorrerebbe riflettere e valutare attentamente quali tra le affermazioni della giurisprudenza della Corte europea sono davvero vincolanti. Oltre alle tradizionali distinzioni tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, nel caso della Corte europea occorre distinguere tra le sentenze emesse specificamente nei confronti dell'Italia e quelle pronunciate nei confronti di altri Stati. Occorrerebbe distinguere tra gli effetti vincolanti delle decisioni che accertano una violazione della Convenzione e gli effetti interpretativi delle decisioni che invece si concludono con un giudizio di non violazione di diritti.

Soprattutto, occorre tenere in adeguata considerazione che la Corte europea è un giudice del caso concreto ed è molto attenta al contesto della vicenda specifica e dell'ordinamento in cui tale vicenda si svolge. Pertanto, è solo con molta cautela che si possono trarre principi vincolanti anche per l'ordinamento italiano dalle sentenze pronunciate nei confronti di altri Stati.

Certamente le sentenze della Corte europea servono non solo per decidere i singoli casi sottoposti al suo esame, ma più in generale per chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole e i principi contenuti nella Convenzione, contribuendo così a facilitare l'osservanza da parte degli Stati membri degli impegni assunti¹⁵. Per questa loro valenza interpretativa, le decisioni della Corte europea hanno sicuramente effetti che superano il confine dello Stato verso cui sono rivolte¹⁶. Tuttavia si tratta, come è stato detto, di un'autorevolezza di natura persuasiva, di autorità di cosa interpretata – *autorité de chose interprétée* – da valutare, a parere di chi scrive, tenendo conto che la Corte europea decide sempre alla luce della dottrina del margine di apprezzamento degli Stati membri e come giudice chiamato ad assicurare una garanzia minima e sussidiaria dei diritti. Per questo è solo con molta cautela che si possono trasporre in un contesto diverso i principi affermati in riferimento ad un caso concreto, situato in un preciso ordinamento giuridico. La varietà delle situazioni giuridiche e politiche dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa impongono grande attenzione.

¹⁵ Corte europea, 18 gennaio 1978, Irlanda contro Regno Unito, par. 154.

¹⁶ E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, 176 ss.

Ad ogni modo, non è difficile prevedere che nel tempo gli effetti della svolta giurisprudenziale del 2007 porteranno ad un progressivo adeguamento della tutela dei diritti fondamentali alla giurisprudenza di Strasburgo. Grazie alle enormi potenzialità dell'interpretazione dei testi costituzionali – composti da principi più che da norme, e comunque caratterizzati da un ampio respiro lessicale e scritti secondo una tecnica redazionale «a maglie larghe» – il contenuto dei diritti protetti dalla Costituzione italiana inevitabilmente sarà rimodulato in base agli orientamenti elaborati a Strasburgo e l'intero disegno complessivo della parte prima della Costituzione tenderà a subire l'influsso della cultura dominante nelle istituzioni europee.

2. L'Unione europea

A partire dalla approvazione della Carta dei diritti fondamentali avvenuta a Nizza nel dicembre 2000 è stata inaugurata una significativa stagione della tutela dei diritti nell'Unione europea, al punto che uno fra i più acuti osservatori dell'integrazione europea ha affermato che sta prendendo forma in Europa una *Grundrechtsgemeinschaft*¹⁷, in cui i diritti fondamentali stanno assumendo il ruolo fino ad ora ricoperto dal mercato interno e dai rapporti economici. In effetti, benché la Carta non costituisca la prima forma di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, ma al contrario si inserisca in un percorso avviatosi sin dalla fine degli anni '60 e consolidatosi nel tempo, essa segna indiscutibilmente uno spartiacque, che ha determinato una profonda differenza nella qualità e nella quantità degli interventi della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. Oggi siamo di fronte certamente ad una stagione molto fiorente della giurisprudenza europea in tema di diritti e questo comporta una significativa tendenza espansiva negli ambiti di competenza degli Stati membri¹⁸.

Quanto all'ambito di applicazione, i diritti fondamentali elaborati nell'Unione europea non avrebbero dovuto sostituirsi a quelli garantiti dalle Costituzioni nazionali, ma piuttosto affiancarsi ad essi, proteggendo i cittadini negli ambiti in cui le Costituzioni nazionali non potevano agire, vale a dire principalmente *nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie*. Ben presto, però, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha iniziato a proiettarsi anche all'interno degli ordinamenti costituzionali nazionali, secondo i principi della dottrina della *incorporation*.

¹⁷ A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? European Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1307 ss.; ora in lingua italiana Id., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, 849 ss.

¹⁸ Vivace il dibattito soprattutto in Germania. Si veda ad esempio R. Herzog, L. Gerken, *Stop the European Court of Justice*, in *EU Observer*, 10 settembre 2008.

Secondo tale dottrina, elaborata e regolarmente applicata a partire dalla fine degli anni '80, la Corte europea si ritiene investita del potere di valutare la compatibilità anche degli atti nazionali, oltre che di quelli comunitari, con i diritti fondamentali da essa elaborati e protetti in *due principali ipotesi*: quando gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie – la cosiddetta linea Wachauf¹⁹ – e quando gli Stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati, come ad es. motivi di sanità pubblica o di ordine pubblico per limitare una libertà di circolazione – la cosiddetta linea ERT²⁰. L'unico limite certo per la Corte di giustizia è il divieto di proiettare la sua tutela su atti di autorità statali che riguardino materie del tutto estranee al diritto comunitario, come è stato affermato a suo tempo nel caso Cinéthèque del 1985²¹ e ribadito più recentemente nel caso Viajnaj del 2005²².

Entrambi i filoni della dottrina dell'*incorporation* generano inevitabili sovrapposizioni tra la tutela nazionale e la tutela comunitaria dei diritti fondamentali. Tuttavia, fino ad anni recenti si poteva a ragione commentare questo filone giurisprudenziale rilevando un atteggiamento prudente della Corte di giustizia, una sorta di *self-restraint*²³. Il medesimo giudizio difficilmente potrebbe essere sottoscritto oggi. Dopo la proclamazione della Carta dei diritti qualcosa è cambiato e l'atteggiamento «prudente» della Corte di giustizia si è fatto via via più ardito.

Benché la Carta dei diritti sia stata scritta con l'intenzione di codificare l'esistente, ciò che è accaduto negli anni successivi alla sua proclamazione è stata una importante tendenza espansiva dei diritti fondamentali europei, così come interpretati dalla Corte di giustizia²⁴.

Occorre però osservare che l'attivismo della Corte di giustizia si manifesta preferibilmente nei casi in cui si contesta un'azione statale, mentre toni più cauti e sommessi contraddistinguono le sentenze in cui l'oggetto del giudizio sono gli atti delle istituzioni comunitarie. Se l'originario vuoto di tutela riguardava essenzialmente la garanzia dei diritti nei riguardi degli atti delle istituzioni europee, non si può dire che l'originaria carenza sia del tutto sanata,

¹⁹ ... dal nome di uno dei primi casi in cui questo orientamento giurisprudenziale è stato espresso, decisione del 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf, ma forse questo orientamento si può far risalire anche alla decisione del 25 novembre 1986, cause 201 e 202/85, Klensch.

²⁰ Decisione 18 giugno 1991, causa C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi.

²¹ Corte di giustizia, decisione 11 luglio 1985, cause 60 e 61/84, Cinéthèque.

²² Corte di giustizia, ordinanza C-328/04, Attila Vajnai.

²³ B. De Witte, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. Alston (a cura di), *The EU and Human Rights*, cit., 873.

²⁴ Mi sia consentito rinviare su questo punto al mio *L'ora dei diritti nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 11 ss.

perché l'impegno della Corte di giustizia riguarda tuttora prevalentemente l'azione degli Stati membri. Così, nonostante l'art. 51 della Carta dei diritti imponga limiti chiari al campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari – «Le disposizioni della presente carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» – confermando o addirittura restringendo i limiti dell'*incorporation* rispetto alla giurisprudenza pregressa, in realtà si è poi assistito ad una progressiva erosione dei confini e ad una sensibile irradiazione dei diritti fondamentali comunitari in molti ambiti degli ordinamenti nazionali.

Particolarmente significativi, a questo proposito, sono i casi K.B.²⁵ e Richards²⁶, entrambi relativi ai diritti dei transessuali e originatisi nell'ordinamento britannico. Non serve di certo un'analisi dettagliata per mostrare come tale problematica abbia pochi elementi di contatto con le competenze comunitarie e quindi con l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali comunitari. La stessa Corte di giustizia riconosce esplicitamente che la legislazione inglese sull'anagrafe non mette in pericolo direttamente un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, ma – prosegue la Corte – il caso rientra comunque nella sua giurisdizione perché incide su *una delle condizioni* per il suo godimento.

È presto per dire se sia stata inaugurata una nuova diramazione della dottrina dell'*incorporation*, composta dagli atti nazionali che costituiscono *condizioni preliminari* per il godimento di un diritto fondamentale comunitario. Se così fosse, l'impatto della giurisprudenza comunitaria sui diritti fondamentali negli ordinamenti interni si amplierebbe a dismisura e si potrebbe arrivare potenzialmente al totale assorbimento della tutela dei diritti fondamentali a livello comunitario, facendo cadere i limiti di competenza così accuratamente sanciti nella Carta dei diritti.

Certo è che la scrittura della Carta dei diritti fondamentali sta producendo, come era prevedibile, un effetto centralizzatore, attraendo gradualmente a livello europeo la tutela dei diritti fondamentali, contemporaneamente svuotando quella garantita dalle Costituzioni nazionali ed erodendo i limiti di competenza in cui l'azione delle istituzioni comunitarie in materia di diritti fondamentali dovrebbe svolgersi²⁷. Come era stato acutamente

²⁵ Decisione 7 gennaio 2004, C- 117/01, K.B.

²⁶ Decisione 26 aprile 2006, C-423/04, Richards. Nella medesima direzione si veda anche la decisione 1 aprile 2008, C-267/06, Tadao Maruko, avente ad oggetto la disciplina delle coppie omosessuali.

²⁷ A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Right Organization?*, cit., 1316-1318. L'effetto standardizzante è bene sottolineato anche da A.C. Pereira-Menaut, *A Plea for a compound res publica europea: proposal for increasing constitutionalism without increasing statism*, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 2003, 97 ss.

osservato, mano a mano che crescerà l'importanza attribuita alla Carta dei diritti dell'Unione europea, più difficile sarà spiegare al grande pubblico, e persino ai giuristi e ai giudici che la Carta è stata pensata per avere un campo di applicazione limitato, rivolgendosi essenzialmente alle istituzioni comunitarie e agli Stati nel momento in cui danno applicazione al diritto comunitario²⁸.

Non è neppure necessario esplicitare che tanto più tale tendenza all'accentramento della tutela dei diritti a livello europeo si consoliderà erodendo i confini delle competenze dell'Unione tanto minore sarà lo spazio residuo per le Costituzioni nazionali e per le rispettive peculiarità. Vi è un inevitabile effetto uniformante legato alla espansione delle attività della Corte di giustizia che si ripercuote negli ordinamenti costituzionali nazionali.

Se è vero, come è stato giustamente rilevato che «pochi altri settori dell'integrazione giuridica europea sono in grado di illustrare meglio [della tutela dei diritti fondamentali] le tensioni tra gli ideali di uniformità e di diversità esistenti nello spazio istituzionale europeo»²⁹, non si può fare a meno di notare che, piaccia o non piaccia, l'equilibrio tra unità e diversità negli anni più recenti si sta progressivamente spostando verso il primo dei due poli.

3. I dialoghi giurisdizionali transnazionali

Un recente contributo di Gustavo Zagrebelsky³⁰ ha portato al centro dell'attenzione anche in Italia il dibattito, che già da qualche anno anima la discussione costituzionalistica negli Stati Uniti, sull'uso dei precedenti giudiziari tratti da esperienze estere, da parte dei giudici nazionali e in particolare da parte delle Corti costituzionali e auspica lo sviluppo anche in Italia dell'utilizzo di materiali normativi e giurisprudenziali esterni. In effetti, in questo nuovo secolo che senza forzature potrebbe già essere battezzato come *l'età dei diritti*³¹, i giudici di tutto il mondo incontrano problemi simili soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali. È in questi ambiti che il dialogo giurisdizionale transnazionale si è sviluppato al punto che alcune Costituzioni contemporanee, come quella del Sudafrica, consentono esplicitamente ai giudici di prendere in considerazione la «foreign law» nell'interpretazione

²⁸ F.G. Jacobs, *European Convention of Human Rights. The EU Charter on fundamental Rights and the European Court of Justice*, in www.ecln.net.

²⁹ M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 221.

³⁰ Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale: G. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'invisibilità dei giudici costituzionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1, ora Id., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2006, 297 ss.

³¹ L'espressione è mutuata dal noto libro di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992.

della Carta dei diritti³². Vi è una naturale dimensione universale dei diritti fondamentali, cosicché «le norme della Costituzione, per esempio in tema di dignità e uguaglianza di ogni essere umano e di diritti fondamentali, aspirano all'universalità»³³. Tale aspirazione all'universalità dei diritti fondamentali spinge naturalmente i giudici, ed i giudici costituzionali in particolare, a guardare fuori dai propri confini, per trarre ispirazione, conferme, conforto, esempio dalle risposte offerte da altri giudici in altre parti del mondo di fronte a problemi analoghi.

In vero, non risulta che la Corte costituzionale italiana si sia ancora avventurata in tale sperimentazione. Tanto frequenti e abbondanti sono i riferimenti alla giurisprudenza delle Corti europee, quanto assenti sono i riferimenti alla giurisprudenza di altri paesi.

Diversa si presenta, invece, la giurisprudenza della Corte di cassazione che in più di un'occasione ha fatto riferimento alla giurisprudenza straniera. Vorrei qui ricordare almeno due casi perché hanno uno specifico tono costituzionale e riguardano problemi inerenti ai diritti fondamentali.

Il primo in ordine temporale è un caso del 2004, che riguarda il c.d. «diritto a non nascere»; il secondo è il notissimo caso Englaro dell'ottobre 2007.

Con la prima sentenza la Corte di cassazione era stata chiamata a decidere su una richiesta di risarcimento del danno esistenziale recato ad una bambina a causa di un errore medico durante la gestazione. Si trattava di danni assai gravi alla salute della bambina provocati dalla talassemia di entrambi i genitori. La madre, portatrice sana e consapevole della propria malattia, aveva avvertito il medico curante, il quale però non aveva proceduto a sottoporre il padre agli accertamenti del caso. Quest'ultimo, senza saperlo, era anch'egli portatore sano della medesima malattia. In questi casi il concepito può subire danni anche gravissimi al proprio stato fisico. Non è il caso qui di dilungarci sull'esame della sentenza, assai complessa in tutti i suoi risvolti, se non per ricordare che la Corte di cassazione nega che si possa riconoscere alla bambina un «diritto a non nascere»³⁴, essenzialmente sulla base della considerazione che la legge n. 194 non contempla l'aborto eugenetico. La Corte di cassazione riconosce, invece, ai genitori il diritto ad una ingente somma di denaro a titolo di risarcimento per il danno che essi hanno subito a causa della colpa del medico. Nella motivazione la Corte di cassazione richiama esplicitamente nei suoi passaggi fondamentali la vicenda Perruche, che aveva visto per anni

³² Costituzione Sudafrica (1996), art. 39, par 1, lettera b. Su questa esperienza si veda lo studio di A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemiche nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2007, 479 ss.

³³ G. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'invincibilità dei giudici costituzionali*, cit., 4.

³⁴ La sentenza della Corte di cass., sez. III civile, 29 luglio 2004, n. 14488 è poi stata confermata su questo punto da una successiva sentenza della Cass., sez. terza civile, 14 luglio 2006, n. 16123

contrapporsi in Francia il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, il primo contrario e la seconda favorevole a riconoscere in capo al bambino la titolarità del diritto a non nascere e del relativo risarcimento del danno; la disputa era poi stata risolta dal legislatore³⁵ in senso contrario al riconoscimento del «nuovo diritto».

Ancora più ampi sono i riferimenti alla giurisprudenza di altre corti, costituzionali e supreme, nel caso Englaro³⁶. La vicenda di Eluana Englaro è così nota da non richiedere di essere ricordata qui. Il risvolto giurisdizionale della sua storia è così complesso da non poter essere qui ripercorso. Basti ricordare che il nodo essenziale che la Cassazione doveva affrontare riguardava la richiesta del padre di Eluana di interrompere l'alimentazione artificiale. La Corte di cassazione sviluppa tutta l'argomentazione muovendo dal principio del consenso informato alle cure mediche e dunque si concentra sul problema di come individuare la volontà della malata in stato vegetativo permanente. Il principio cui giunge la Corte è che in casi di stato vegetativo permanente in cui non vi siano possibilità di recupero della coscienza e si possa dedurre da «elementi di prova chiari, univoci e convincenti» che l'idea stessa della dignità della persona del malato lo porterebbe ad interrompere il trattamento, il giudice può autorizzare l'interruzione se richiesta dal tutore.

Per quel che qui rileva, occorre sottolineare gli ampi richiami di diritto comparato che si rinviengono lungo tutto il corso dell'ampia motivazione. Si cita il *code de la santé publique* francese, la sentenza Pretty della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte suprema degli Stati Uniti, sentenza Vacco del 1997, e poi ancora la Convenzione di Oviedo, due decisioni della Corte suprema del New Jersey, rispettivamente del 1976 e del 1987, di nuovo la Corte suprema degli Stati Uniti nel caso Cruzan del 1990, una sentenza del 2003 del *Bundesgerichtshof*, e infine la *House of Lords* nel caso Bland del 1993.

Investita di problematiche nuove riguardanti i diritti fondamentali della persona prive di una disciplina legislativa chiara sul piano interno, la Corte di cassazione amplia lo sguardo per cercare un orientamento presso altre autorità giurisdizionali che già abbiano dovuto affrontare il medesimo problema o situazioni paragonabili.

³⁵ Corte di cass., sez. III civile, 29 luglio 2004, n. 14488 ricorda che «La Corte di Cassazione francese (assemblea plenaria), nel celebre arrêt Perruche del 28.11.2001, con un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, dichiarò invece che “quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impediscono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori”. Successivamente in Francia è intervenuto il legislatore con la legge n. 303/2002, che ha statuito che nessun risarcimento può essere richiesto dall'handicappato per il solo fatto della nascita».

³⁶ Corte di cass., sez. I civile, 16 ottobre 2007, n. 21748. Il seguito della vicenda di Eluana Englaro è troppo noto perché vi sia necessità di richiamarlo in questa sede.

Se però guardiamo un poco più in profondità a queste dinamiche, imparando dagli ordinamenti che da più tempo affrontano questo dilemma dell'uso della *foreign law*, ci accorgiamo di qualche insidia nascosta nel metodo comparativo che vale la pena mettere in luce.

Il dibattito americano è particolarmente ricco su questo punto ed ha emblematicamente contrapposto due tra i più autorevoli *Justices* della Corte suprema americana, Antonin Scalia e Stephen Breyer, il primo fautore di un'interpretazione originalista della Costituzione americana e del relativo *Bill of Rights*³⁷, e il secondo decisamente aperto alle influenze esterne, al punto da arrivare a menzionare in una *separate opinion* una decisione della Corte suprema dello Zimbabwe³⁸.

Vale forse la pena richiamare l'oggetto delle decisioni della Corte suprema USA che hanno più delle altre infiammato la discussione sull'uso dei precedenti stranieri e del diritto comparato. Negli ultimi anni sono stati soprattutto il caso *Lawrence v. Texas* del 2003³⁹ avente ad oggetto il problema della compatibilità con la costituzione federale delle leggi statali che sanzionano penalmente il reato di sodomia alla luce del diritto alla *privacy* e il caso *Roper v. Simmons* del 2005⁴⁰ riguardante la pena di morte per i minorenni e la sua compatibilità con l'VIII emendamento che vieta i «*cruel and unusual punishments*». Entrambe le sentenze sono argomentate in modo assai ricco sotto ogni profilo, secondo lo stile della Corte suprema americana e in entrambi i casi trova spazio il riferimento al contesto più generale, all'evoluzione del diritto e della coscienza morale non solo all'interno degli Stati Uniti, ma anche in Europa e in altre parti del mondo.

Nel caso *Roper* sulla pena di morte comminata ai minorenni, vi sono due rilevanti *dissenting opinions* dei *Justices* Scalia e O'Connor. Scalia, da sempre contrario all'uso della *foreign law* e del diritto internazionale come supporto per le decisioni della Corte suprema, muove una critica che si basa essenzialmente sui rischi di arbitrarietà insiti in tale prassi, che emergerebbero sotto diversi profili: anzitutto nella scelta se riferirsi o meno al diritto comparato in un caso piuttosto che in un altro. È vero che gli Stati Uniti costituiscono una anomalia rispetto ad altri paesi di tradizione occidentale in riferimento alla pena di morte, ma è vero anche che la stessa anomalia americana si riscontra nella legislazione sull'aborto, oggetto di una liberalizzazione estrema che

³⁷ Così A. Scalia in www.taemag.com.

³⁸ Il dibattito è ben rappresentato in *Transcription of discussion between U.S. Supreme Court Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer*, AU Washington College of Law, 13 Gennaio 2005, in www.american.edu/media.

³⁹ 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁰ 543 U.S. 551 (2005). Sempre sulla pena di morte e sulla sua compatibilità con l'VIII emendamento si veda anche la sentenza *Knigh v. Florida* del 1999 sulla crudeltà dell'infliggere la pena di morte a molti anni di distanza.

non ha equivalenti, fino al punto da consentire la cruenta prassi della *partial birth*. O ancora, la medesima anomalia americana si incontra a riguardo della netta separazione tra chiesa e stato, che ha pochi eguali nel resto del mondo e persino in Europa. Perché si avverte la necessità di riferirsi e di allinearsi al diritto straniero in certi casi e non in altri? In secondo luogo, l'arbitrarietà dei riferimenti al diritto comparato potrebbe insinuarsi nella selezione degli ordinamenti che si reputano meritevoli di osservazione. Le scelte di attingere ad un ordinamento piuttosto che a un altro o sono casuali o sono preorientate a confermare un risultato che già si intendeva raggiungere. Infine, le citazioni di giurisprudenza straniera possono essere arbitrarie perché vengono spesso richiamate astraendole dal loro contesto ordinamentale, sociale e politico e non è affatto detto che il principio richiamato abbia davvero il significato che si intende ricavare. Il *Justice* Scalia conclude con la sua consueta incisività «To invoke alien law when it agrees with one's own thinking and ignore it otherwise is not reasoned decision making, but sophistry».

Nella medesima decisione sulla pena di morte anche *Justice* O'Connor, non contraria per principio al richiamo al diritto internazionale e comparato, critica fortemente l'opinione della Corte perché, afferma, ciò che accade nel diritto internazionale e all'estero non può avere un'autorità decisiva sulla Corte suprema. La O'Connor sottolinea che se le clausole aperte come quelle che definiscono i trattamenti inumani e degradanti devono essere interpretate alla luce della coscienza sociale e delle sue evoluzioni, è l'opinione diffusa nel popolo americano che deve prevalere e non certo quella della comunità internazionale.

Dalla discussione americana mi pare che si possano trarre alcune importanti considerazioni.

Il richiamo alla giurisprudenza straniera e al diritto comparato può nascondere alcune insidie, perché la sua forza persuasiva preminente dipende dal fatto che si presenta come un metodo «oggettivo» per conoscere gli *standard* di tutela dei diritti maggiormente condivisi nella comunità internazionale⁴¹, mentre per vari aspetti non va esente dal condizionamento delle preferenze soggettive dell'interprete e della sua pre-comprensione del caso.

Inoltre, come suggeriscono le osservazioni della O'Connor, tale metodo rischia di consegnare i diritti fondamentali alla mercé del consenso. Se è vero che le garanzie dei diritti fondamentali sviluppatasi nel XX secolo sono state tutte orientate a sottrarre i diritti alle consuete dinamiche democratiche e alla cruda legge del principio di maggioranza, l'uso del diritto comparato come

⁴¹ Da notare che questa critica è stata rivolta anche da alcuni osservatori americani all'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si veda P.G. Carozza, *Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1998, 1, 217 ss.

strumento per la ricerca di uno *standard* comune rischia di reintrodurre un nuovo principio maggioritario o del consenso, proiettato questa volta su scala internazionale⁴².

Infine, come vorrei cercare di dimostrare nelle considerazioni finali, l'uso indiscriminato del diritto comparato in materia di diritti fondamentali può appiattire su un presunto universalismo la ricchezza delle diverse tradizioni e delle diverse culture della famiglia umana, che si esprimono anche sul terreno dei diritti fondamentali. La naturale ambivalenza dei diritti – collocati sul crinale tra universalità e particolarità delle diverse espressioni culturali – esige molta prudenza nel determinare gli *standard* generali e universali dei diritti, che devono rimanere confinati agli elementi coesenziali alla dignità umana, per non incorrere nel rischio di imporre una particolare visione culturale in nome di un distorto universalismo.

Chiariti questi gravi rischi di abuso del diritto comparato in cui potrebbero incorrere le Corti, bisogna però concludere che nel complesso tale prassi potrebbe portare a grandi benefici se non venisse ridotta a tecnica di giustificazione di decisioni già prese, ma fosse finalizzata ad arricchire l'argomentazione razionale e giuridica.

PARTE II

LE NUOVE SFIDE DELL'«ETÀ DEI DIRITTI»

a. Universalità dei diritti umani e multiculturalismo.

Le trasformazioni qui sommariamente e solo parzialmente tratteggiate denotano una irresistibile attrazione dei diritti fondamentali oltre i confini della singola costituzione nazionale. Il fenomeno non è nuovo: dopo la seconda guerra mondiale, una intera stagione politica è stata segnata dal moltiplicarsi degli strumenti internazionali dei diritti umani, dalla Dichiarazione universale dei diritti umani dell'ONU del 1948, alla Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali del 1950, ai Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici sociali e culturali degli anni '60⁴³. Eppure, negli anni più recenti, i diritti fondamentali sono sottoposti a nuove, e in parte contraddittorie, sfide.

Da un lato, vi è una forte accelerazione verso l'universalizzazione dei diritti fondamentali. Dalla seconda guerra mondiale in poi i diritti umani non sono più un affare privato degli Stati, ma costituiscono il patrimonio di tutta l'umanità che va rispettato e difeso. Come ha scritto Norberto Bobbio: «i

⁴² Si tratterebbe di una nuova, e forse assai più rozza, forma di positivismo dei diritti fondamentali, come osserva P.G. Carozza, cit., 1228. Una forma assai più rozza, perché – come noto – le virtù della democrazia e del principio di maggioranza si stemperano tanto più ampia è la dimensione del contesto decisionale di riferimento.

⁴³ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 15 ss.

diritti fondamentali nascono come diritti naturali, si sviluppano come diritti costituzionali e si dirigono verso la meta dei diritti universali».

Il cammino continuo [...] procede lentamente dal riconoscimento dei diritti del cittadino di un singolo stato al riconoscimento dei diritti del cittadino del mondo, di cui è stata la prima annunciatrice la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo; dal diritto interno dei singoli stati, attraverso il diritto fra gli stati, al diritto cosmopolitico⁴⁴.

Mai come oggi i diritti umani sono diventati il principale punto di riferimento delle agende politiche internazionali. Sul continente europeo non c'è iniziativa che non si ricolleggi direttamente o indirettamente alle esigenze della tutela dei diritti fondamentali. A livello globale, sotto l'egida dell'ONU si discutono, nel nome dei diritti, questioni come lo sviluppo demografico, la moratoria sulla pena di morte, i diritti delle generazioni future, la sicurezza di fronte al terrorismo internazionale, fino all'emergenza ambientale.

D'altra parte, paradossalmente, mai come oggi l'idea stessa dei diritti umani è stata posta radicalmente in discussione dalle critiche post-moderniste e relativiste. L'avanzare dei diritti umani è stato accompagnato dal dubbio sulla loro universalità, un dubbio che li colpisce alla radice, mettendo in discussione il fatto che essi possano essere definiti oggettivamente, applicati universalmente e filosoficamente giustificati. È interessante notare che lo stesso Norberto Bobbio, che auspica l'avanzare dell'età dei diritti sul piano universale, denuncia contemporaneamente «l'illusione del fondamento assoluto» dei diritti fondamentali, dal momento che «non si vede come si possa dare un fondamento assoluto di diritti storicamente relativi»⁴⁵, variabili di luogo in luogo e di tempo in tempo. C'è una tensione interna a questa linea di pensiero che spinge ad un tempo per il riconoscimento di diritti universali, ma dubita del loro fondamento assoluto.

Per gli osservatori del secondo dopoguerra non vi erano dubbi sul fondamento dei diritti umani universali, come emerge dalle parole di Capograssi: i

tentativi di dichiarazione e organizzazione internazionale dei diritti umani trovano il loro fondamento in una concezione generale della vita e del mondo che, di fronte alle molteplici negazioni degli ultimi tempi, mette capo all'idea cristiana ed europea dell'uomo come ragione e libertà, fine imprescindibile – rispetto al quale ogni ordinamento sociale ha natura puramente strumentale – valore inviolabile e principio costitutivo di ogni vita sociale e storica⁴⁶.

⁴⁴ N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, XII.

⁴⁵ *Ivi*, 6.

⁴⁶ G. Capograssi, *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, 8.

Esplicitata o sottintesa, è nell'antiorità e nella trascendenza della persona umana rispetto ad ogni potere costituito che si fonda il riconoscimento dei diritti umani nel secondo dopoguerra, condiviso da forze politiche ed esponenti di culture diverse anche antagoniste fra loro⁴⁷. Le atrocità della prima metà del secolo rendevano evidente e condiviso il valore della persona umana⁴⁸.

Tuttavia, nel corso del XX secolo mentre i documenti giuridici segnavano il vittorioso affermarsi dell'universalismo, contemporaneamente il pensiero filosofico moderno e post-moderno, improntato al relativismo culturale, scavava percorsi diversi e antitetici. Sul piano giuridico, questi percorsi alternativi all'universalismo hanno preso la forma delle teorie del multiculturalismo, che non si limitano a registrare sul piano descrittivo la pluralità delle culture che caratterizza la società contemporanea, ma opera sul piano normativo e prescrittivo, esigendo l'eguale valore di tutte le culture da parte di una sfera pubblica chiamata a svolgere una funzione meramente neutrale o procedurale⁴⁹. Così la cultura relativistica e multiculturalista non solo ha gettato un'ombra sulla possibilità stessa di riconoscere i diritti umani mettendone in discussione l'universalità, ma ha sferzato un attacco ancor più insidioso quando ha insinuato che i diritti umani costituiscono l'espressione pseudouniversale di ciò che in realtà nasconde una visione culturale parziale, tipicamente occidentale. Il bersaglio del relativismo è in definitiva l'occidente che – per le riflessioni che qui interessano – sotto il seducente abito dei diritti umani mortificherebbe ogni espressione culturale non riconducibile a quella sviluppatasi sulle due sponde dell'Atlantico. In questa chiave si può leggere il proliferare di dichiarazioni dei diritti alternative a quella universale, quali la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'Islam del 1981, la Carta araba dei diritti e altre ancora⁵⁰.

⁴⁷ Questa posizione emerge con chiarezza nei lavori preparatori della Costituzione italiana, quando si discuteva del futuro art. 2 della Costituzione, dell'antiorità dei diritti umani rispetto allo stato e ad ogni fonte di potere, sola garanzia della inviolabilità degli stessi: «Se voi non concepite la persona umana come trascendente rispetto al corpo sociale, voi avete la conseguenza dello statalismo: perché i casi sono due: o la persona ha questo valore di antiorità rispetto al corpo sociale, e allora essa ha uno statuto giuridico che è anteriore ad ogni costruzione statale; o non lo ha, ed allora essa è radicalmente subordinata al principio statale, membro sostanziale, come diceva Hegel, del corpo statale. Non si esce da questo dilemma: o voi accettate questa concezione del valore trascendente, e potete ancorare i diritti naturali e imprescrittibili della persona umana; o voi non accettate tale concezione ed allora siete inesorabilmente condotti alla concezione dei diritti riflessi». G. La Pira, *Discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, 11 marzo 1947, seduta pomeridiana.

⁴⁸ Sulla nascita della Dichiarazione universale e il consenso raggiunto tra esponenti di visioni culturali e politiche varie e differenziate si veda M.A. Glendon, *Verso un mondo nuovo* (2001), Macerata, Liberilibri, 2009.

⁴⁹ Si veda sul punto il dibattito tra J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo – lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2002.

⁵⁰ Sul punto si veda la raccolta A. Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'Uomo*, Torino, 1998 e in particolare il saggio introduttivo di A. Pacini, *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'Uomo*, 1 ss.

La critica al c.d. «pseudo-universalismo» dei diritti umani non può essere sbrigativamente accantonata perché essa, come mostra bene Mary Ann Glendon nei suoi scritti, è alimentata da alcune tendenze che si stanno consolidando presso le più prestigiose istituzioni internazionali di tutela dei diritti umani. A partire dagli anni '90, nota l'Autrice⁵¹, le istituzioni dei diritti fondamentali facenti capo all'ONU hanno tradito lo spirito della Dichiarazione universale⁵² e sono state occupate da gruppi di pressione che hanno incominciato a promuovere una visione dei diritti umani parziale, espressione di una cultura iper-libertaria, in cui libertà significa assoluta autodeterminazione, una cultura incentrata su un individuo isolato e astratto dalla società, un individuo a sua volta centrato su se stesso e totalmente autodeterminato. La prima vittima di questa tendenza è stata la versione dignitaria dei diritti⁵³, assai più vicina a quella personalistica di cui è intrisa la Costituzione italiana, che si rivolge non all'individuo astratto, ma alla persona che scaturisce da un noi, all'*homme situé* costituito da un io e dalle sue relazioni umane⁵⁴. E l'Europa, con le sue Corti e le sue agenzie dei diritti, sembra costituire inspiegabilmente un terreno particolarmente fertile per l'attecchire di questa visione iper-libertaria e iper-individualistica, nonostante la ricchezza e la varietà delle tradizioni costituzionali che storicamente la caratterizzano, e ne diventa a sua volta promotrice.

Come è stato recentemente sottolineato, se è vero che il cuore del relativismo culturale è «l'affermazione della *inconfontabilità* delle culture», non si deve dimenticare che «la prospettiva del relativismo culturale si intreccia profondamente con la denuncia dell'euro-etnocentrismo e del logocentrismo – della «pretesa» cioè dell'Occidente di essere *la* cultura e di incarnare il

⁵¹ M. A. Glendon, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. Antonini (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, 59 ss.

⁵² Sulle origini, il clima culturale e le dinamiche che hanno condotto alla approvazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, si veda il bellissimo libro di M.A. Glendon, *A World Made New*, New York, Random House, 2001.

⁵³ M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, in P.G. Carozza e M. Cartabia (a cura di), Rubbettino, 2007, 90 ss.

⁵⁴ Questa visione era ben chiara ai Costituenti italiani: «[...] questa persona umana, che ha questa gerarchia di valori che si appunta in Dio, non è isolata; è in relazione reale come dicevano gli scolastici — in relazione reale, non volontaria soltanto — con gli altri e si articola organicamente; si sviluppa, cioè, organicamente in una serie ordinata e crescente di entità sociali che vanno dalla famiglia alla comunità religiosa, dagli organismi di classe alle comunità del lavoro e che si coordinano nello Stato. [...]La conclusione è questa: se è vera la concezione della presente base teoretica che ho delineata, se è vera questa struttura pluralista del corpo sociale, la conseguenza è questa: l'assetto giuridico non può essere né individualista, né statalista; è un assetto giuridico conforme a questa visione, un assetto giuridico pluralista [...] Una Carta integrale dei diritti dell'uomo non può essere una carta dei diritti individuali, ma accanto ad essi deve porre questi diritti sociali, e quindi i diritti delle comunità e delle collettività di cui gli uomini fanno parte necessariamente per lo sviluppo della loro persona. Ecco, quindi, questa Carta costituzionale che vi appare come nuova, integrale, pluralista dei diritti». G. La Pira, *Discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, 11 marzo 1947, seduta pomeridiana.

telos della storia universale – ,che ha dominato incontrastata la scena filosofica europea nella seconda metà del secolo appena trascorso»⁵⁵.

L'epoca contemporanea è segnata, dunque, da spinte contraddittorie, che scaricano una forte tensione sul terreno dei diritti umani: l'universalità dei diritti si presenta al tempo stesso e come una esigenza insopprimibile e come bersaglio di un duro attacco, in nome del relativismo e del multiculturalismo dominante nella cultura contemporanea.

b. I diritti fondamentali tra dignità di ogni persona umana e diversità storico-culturale

All'origine di queste spinte contraddittorie vi è la natura ambivalente dei diritti fondamentali, posti al crocevia tra universalità e storia:

Nella considerazione dei diritti dell'uomo possiamo notare una persistente ambiguità e contraddittorietà. Da una parte essi sono percepiti come *assoluti*, come esigenze imprescindibili, come valori irrinunciabili sotto ogni cielo e in ogni tempo. Ma, dall'altra, non possiamo sottrarci alla constatazione che essi sono *storicamente relativi*. Hanno una storia, una loro evoluzione e, in un certo senso, mutano⁵⁶.

Nei diritti fondamentali c'è un'*aspirazione all'universalità*, che giustifica il bisogno di superare i confini del singolo ordinamento giuridico; ma in essi c'è anche una *dimensione storica*, in cui si riflette la tradizione e la coscienza più profonda di ciascun popolo, di cui le Carte costituzionali costituiscono una delle espressioni precipue. Radicata nel valore della dignità umana, l'idea dei diritti fondamentali contiene necessariamente una *dimensione universale*. Radicata nelle specificità religiose, morali, linguistiche e politiche di ogni popolo, l'applicazione concreta di tali diritti avviene all'insegna della particolarità e del pluralismo⁵⁷. Come bene ha messo in evidenza Philip Alston⁵⁸, universalismo non equivale ad omogeneità: l'universalità dei principi e dei valori è ben compatibile con le differenze negli approcci ai vari problemi.

Questa tensione era ben nota agli estensori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, i quali hanno faticato non poco a trovare il modo di accordare visioni diverse: all'epoca il fronte di maggiore contrapposizione era tra la visione individualista – libertaria di cui erano portatori i paesi occidentali e la cultura collettivistica marxista che intendeva privilegiare la

⁵⁵ C. Di Martino, *La convivenza tra culture*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 491 ss.

⁵⁶ F. Viola, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, Giappichelli, 1989, 157.

⁵⁷ P.G. Carozza, cit., 1998, 1235.

⁵⁸ P. Alston, *The Universal Declaration at 35: Western and Passé or Alive and Universal*, in *International Commission of Jurists Review*, July, 1983, 60 ss.

dimensione sociale e collettiva anche a scapito dell'individuo, promossa dai paesi del blocco sovietico che nel frattempo andava costituendosi. L'accordo inaspettatamente raggiunto sul testo della Dichiarazione universale non ha però risolto una volta per tutte il problema. Come aveva avvertito uno dei padri della Dichiarazione, Jacques Maritain, l'accordo è stato raggiunto sulla estensione dei trenta articoli del testo, ma «se la musica che si potrà suonare sulle trenta corde della Dichiarazione sarà in armonia o sarà dannosa per la dignità umana, dipenderà fondamentalmente dalla misura in cui la cultura della dignità umana si svilupperà»⁵⁹.

Il problema di salvaguardare ad un tempo l'universalità dei diritti della persona senza sacrificare le specificità culturali di ogni popolo e di ogni tradizione è un problema che si ripropone continuamente all'interprete, o meglio agli interpreti, di fronte alle esigenze emergenti dalla realtà.

3. UN PERCORSO POSSIBILE

Quali possono essere le strade per ricomporre questa tensione tra universalità e storicità dei diritti umani? Di fronte alle sfide del multiculturalismo contemporaneo, in cui si incontrano per convivere culture basate su valori a volte inconciliabili, dobbiamo arrenderci alla rassegnazione relativista rinunciando al patrimonio dei diritti universali consegnatoci dalla storia della seconda metà del XX secolo? Davvero l'unica alternativa percorribile è la resa di fronte alla *inconfontabilità* delle culture giuridiche, e quindi delle interpretazioni dei diritti umani?

Prima ancora che le opzioni culturali di ognuno, è la storia stessa a rispondere con un «no» inequivocabile a questa tentazione: la costruzione di un *jus commune europeo* dei diritti o di un patrimonio costituzionale europeo, nelle forme che abbiamo sopra ricordato, il potenziamento del ruolo internazionale dei diritti umani, la diffusione di una comunità dei giudici costituzionali e le migrazioni dei concetti costituzionali da un paese all'altro e da un continente all'altro, dicono di una insopprimibile spinta verso il riconoscimento di un patrimonio proprio di ogni persona umana, rintracciabile ovunque, sia pure sotto svariate forme ed espressioni.

Posta questa esigenza, restano ancora del tutto aperte, per il giurista che ha a che fare con la soluzione dei problemi pratici e delle controversie che sorgono dalla vita reale delle persone, questioni quali: quali sono i diritti universali e come tracciare un confine tra questi e le espressioni contingenti

⁵⁹ L'immagine della Dichiarazione universale come uno strumento a trenta corde che potrà suonare molte melodie è di Jacques Maritain. Il brano riportato è tratto da M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, cit., 73 ss.

e culturalmente connotate di essi? In che modo convivono universalità e particolarismo?

Tutti gli ordinamenti democratici, ad esempio, garantiscono la libertà di espressione. Tuttavia, il *rights talk* americano su tale libertà differisce da quello europeo in modo assai rilevante, essendo il primo caratterizzato dalla assenza di limiti, mentre il secondo evolve sempre più verso forme «protette» o paternalistiche, introducendo corposi divieti alla libertà di espressione anche nella forma dei reati di opinione, come dimostra il diverso approccio dei due continenti al problema dell'*hate speech* o al tema, attualmente al centro dell'attenzione delle istituzioni dell'Unione europea, dell'omofobia. In queste diverse versioni della libertà di pensiero, dunque, quali sono le componenti universali e quali quelle culturalmente condizionate dai portati della storia e dei problemi specifici di una determinata società?

Ovviamente queste problematiche sono talmente radicali che non permettono nemmeno che sorga la tentazione di rispondere in modo esauriente. Si può però accennare a qualche pista di riflessione e a qualche strada che si profila particolarmente promettente.

Vorrei trarre spunto da un passo che mi è parso particolarmente illuminante:

l'affermazione che ogni persona umana è soggetto di diritti inviolabili è una visione «particolare» dell'Occidente oppure porta ad espressione, in un modo e in un linguaggio inevitabilmente determinato e singolare, «qualcosa» di universalmente riconoscibile come valido (o più valido) dalla «ragione» umana in ogni cultura? Esiste, cioè, al di là delle diverse umanità storiche, una «soglia», uno «stile», un «nucleo comune», che caratterizza l'umano *come tale* (come bisognerebbe dire nella nostra lingua filosofica), pur essendo suscettibile di una rivelazione molteplice, indefinita e sempre aperta? Se ci manteniamo in una fedeltà all'esperienza, non dobbiamo forse parlare di un *evento* dell'umano che, al di là di ogni incomprendibilità, permette l'*incontro* e la comunicazione tra le differenti umanità storiche e le rispettive totalità di significati? Non è precisamente tale evento ad emergere nell'incontro e nel confronto con l'altro, con la sua differenza, il suo universo di significati?⁶⁰.

In queste poche righe mi pare si utilizzino alcune idee, o più semplicemente alcune parole, che possono tracciare una possibile pista da percorrere: *a)* una *esperienza universale elementare*, *b)* l'*incontro con l'altro* come possibilità per l'emergere di un evento dell'umano in una dinamica di riconoscimento.

⁶⁰ C. Di Martino, *La convivenza tra culture*, cit., 495.

a. Una esperienza universale elementare

Quando ci interroghiamo su problemi come la pena di morte, o quanto meno la pena di morte applicata a persone particolarmente deboli, come i minori o i minorati mentali; quando ci interroghiamo su pratiche diffuse in alcune culture passate o presenti, come i sacrifici umani, il cannibalismo, la schiavitù o la segregazione razziale; quando ci interroghiamo sulla persistente discriminazione diretta o indiretta sulla base del sesso; quando – in una parola – si attinge alle questioni basilari, fondamentali, elementari dei diritti umani, il discorso relativista ha una battuta d'arresto e cede il passo all'imperativo di riconoscere e riaffermare un patrimonio comune ad ogni uomo. Nessun sostenitore del multiculturalismo sarebbe disposto, credo, a ritenere che le diversità culturali possono giustificare il cannibalismo, i sacrifici umani, le mutilazioni genitali ed altre pratiche evidentemente lesive della dignità umana. Tutto il diritto internazionale dei diritti umani e, sul vecchio continente, tutto lo sviluppo dello *jus publicum europeum*⁶¹ traducono in termini giuridici questa insopprimibile esigenza della ragione.

Persino le correnti più sensibili alle istanze del multiculturalismo e al valore delle diverse culture non esitano a riconoscere il patrimonio comune ad ogni essere umano. Così, emblematicamente, Charles Taylor, afferma che «l'eguale dignità non può non postulare che esistano dei principi universali ciechi alle differenze. Possiamo non essere riusciti a definirli, ma esistono»⁶².

Sul piano dei diritti umani, dunque, sembra fuori discussione che esista un nucleo indefettibile appartenente ad ogni uomo; del tutto aperto, invece, è il problema di afferrarne i contenuti.

In ogni caso, è bene ribadire che il primo punto da cui muovere è che un patrimonio universale esiste e riguarda una soglia elementare dell'esperienza umana.

Michael Walzer ha usato un'immagine efficace quando ha parlato di minimalismo e massimalismo, di sottile e spesso, *thin and thick*, alludendo a valori morali universali minimali e a valori densi e massimali in ogni società particolare⁶³. Tornando di nuovo sul piano giuridico europeo, si è spesso alluso ad una sorta di minimo comune denominatore di valori giuridici comuni a tutti gli stati europei, categorizzato giuridicamente nel concetto delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

Questa impostazione concettuale ha il grande pregio di evidenziare che la ricerca di valori universali deve attestarsi ad un livello minimalistico ed

⁶¹ G. Silvestri, *Verso uno jus commune europeum dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 7 ss.

⁶² C. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo*, cit., 30.

⁶³ M. Walzer, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni, universalismo*, Bari, Dedalo, 1999, 20 ss.

essenziale, deve rimanere ancorata ad un nucleo ristretto di contenuti, deve riguardare *aspetti elementari dell'esperienza umana*. Tanto più ci si discosta da questo livello elementare e minimale, tanto più ci si addentra nelle specificità culturali e ci si allontana dall'universale.

Ed è bene notare che questo problema non riguarda soltanto i rapporti internazionali fra stati sul piano globale, ma riguarda la convivenza dentro ogni società particolare. Il problema della convivenza fra culture diverse è anche, sempre più, un problema interno, non solo internazionale.

Se concordiamo sull'esistenza di una soglia elementare universale appartenente all'esperienza di ogni persona umana ne derivano, inevitabilmente alcune conseguenze sul piano giuridico. Vorrei evidenziarne almeno tre, tra le tante possibili.

a) La prima: occorre guardare sotto una luce diversa l'imponente *espansione dei cataloghi dei diritti umani*, scritti nelle carte o più frequentemente elaborati dalle corti e dai tribunali: mai come negli anni più recenti si assiste ad una espansione dei diritti fondamentali senza precedenti. Ogni desiderio, ogni aspirazione umana resa astrattamente realizzabile dall'evoluzione della tecnica e della scienza, ogni esigenza di giustizia viene rivendicata in termini di diritto fondamentale, allungando a dismisura il catalogo. Le carte dei diritti si sono oramai ingigantite fino ad includere i diritti fino alla quarta generazione e la giurisprudenza delle Corti, nazionali ed europee, arricchisce ancor più la lista. Non è infrequente leggere espressioni come «i diritti delle generazioni future», «il diritto a non nascere», «i diritti riproduttivi», «il diritto a morire», «il diritto ad avere un figlio», «il diritto ad ammalarsi» e la lista potrebbe continuare. Se nei decenni passati il terreno più fertile per lo sviluppo dei nuovi diritti era di certo quello economico-sociale, oggi i «nuovi diritti fondamentali» sorgono piuttosto sul tronco della *privacy*, o del diritto al rispetto della vita privata. A sua volta, il diritto al rispetto della vita privata si è trasformato in un pervasivo diritto all'autodeterminazione e alla libertà individuale, che poco ha in comune con il significato originario della *privacy*: se all'origine tale diritto intendeva individuare uno spazio privato entro il quale non potesse fare irruzione il potere pubblico, oggi invece esso ha un risvolto per così dire «positivo» ed esige perciò che l'autorità assicuri il soddisfacimento di desideri e aspirazioni riguardanti anche la sfera più personale, riservata e intima. L'esito di questa evoluzione è che ogni distinzione tra desideri privati e diritti fondamentali si dissolve.

Se per molti aspetti uno sviluppo tanto raffinato e sofisticato del catalogo dei diritti può apparire un progresso e un arricchimento, per altri esso determina l'ampliamento delle zone di tensione tra la dimensione universale e la dimensione storico-culturale dei diritti che sopra è stata messa in luce. Tanto più ci si allontana da quella soglia di esperienza elementare riconoscibile ad

ogni essere umano, tanto più si entra nel campo minato delle opzioni culturali e delle scelte storicamente condizionate.

Se non si vuole svalutare il concetto stesso di diritti umani e la sua valenza giuridica e politica, occorre contrastare questa tendenza all'uso inflazionistico dei diritti, mantenendo nell'ambito dei diritti umani universali solo ciò che appartiene all'esperienza elementare di ogni persona umana.

b) La seconda conseguenza riguarda il *rapporto tra potere giudiziario e istituzioni politiche*. Uno dei punti da sempre più controversi e oggi particolarmente problematici nell'attuale fase della tutela dei diritti umani è il rapporto tra ruolo del potere giudiziario e ruolo delle istituzioni politiche. Non è qui il caso di aprire una digressione sul punto; basti soltanto richiamare, tra i più recenti contributi della dottrina italiana, l'importante saggio di Massimo Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*⁶⁴, che segnala con argomenti assai convincenti il rischio di una nuova stagione di espansione del ruolo dei giudici a scapito di quella della politica, o se si vuole una stagione di latitanza della politica con conseguente abbandono di questioni delicate e cruciali inerenti ai diritti fondamentali nelle mani dei giudici. La vicenda di Eluana Englaro è stata anche un caso emblematico di questa assenza delle istituzioni politiche e supplenza del potere giudiziario. Altrove si è parlato, in termini analoghi, di *juristocracy*⁶⁵, per sottolineare la tendenza un po' aristocratica di individuare nelle aule giudiziarie le sedi più appropriate per le decisioni sui diritti fondamentali⁶⁶.

Questo criterio della soglia elementare potrebbe essere un'utile guida per mantenere una linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia operato dai giudici, in relazione alla soglia elementare che non può essere sacrificata, e il ruolo delle istituzioni politiche che ben possono essere chiamate a decidere su questioni relative ai diritti fondamentali, quando queste non hanno a che vedere con quel nucleo incontrovertito e onnicompreso entro una determinata società. In tal modo si manterrebbe intatta l'alterità dei diritti fondamentali rispetto alla decisione politica e al circuito maggioritario, senza però attrarre nella sfera giurisdizionale ogni decisione riguardante i diritti, anche quando il problema non è garantire, ma decidere.

⁶⁴ In *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

⁶⁵ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (USA), 2004, 12 ss.

⁶⁶ Su questi temi, sul ruolo delle istituzioni politiche, anche locali, nello sviluppo dei diritti fondamentali si veda P. Carozza, *Human Rights. The «Art» of Democracy and the «Taste for Local Freedom»*, Milano, 14 Dicembre 2007, Corso di Alta formazione del Consorzio *Novauniversitas*, in corso di pubblicazione in M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*, Bologna, Il Mulino.

c) Il terzo ambito in cui il criterio della esperienza elementare potrebbe esplicare un ruolo chiarificatore è quello della *linea di demarcazione tra intervento delle istituzioni nazionali, sopranazionali e internazionali nella tutela dei diritti fondamentali*. La distinzione tra un livello universale elementare e una dimensione storica e culturale dei diritti potrebbe utilmente contribuire a mantenere un sistema equilibrato di rapporti nell'ambito dei sistemi multi-livello della tutela dei diritti, quale è ad esempio quello europeo. Tanto più la tutela dei diritti si colloca ad un livello ampio, tanto più ristretto ed essenziale dovrebbe essere il ventaglio dei diritti riconosciuti, mantenendo a livello internazionale e globale l'intervento contenuto solo entro la soglia dell'esperienza elementare, e lasciando poi alle istanze dei livelli inferiori la facoltà di modulare lo spettro dei diritti, in modo da riflettere le particolarità culturali.

Per quanto riguarda specificamente l'Europa, già si è detto della marcata tendenza all'accentramento nella tutela dei diritti fondamentali che si sta verificando dopo l'approvazione della Carta dei diritti dell'UE e dopo l'allargamento. Se si vuole scongiurare il rischio di una mortificante omogeneizzazione culturale, o peggio ancora di una colonizzazione culturale ad opera delle tendenze vincenti in un determinato momento storico nelle istituzioni europee, occorre mantenere il patrimonio costituzionale comune europeo dei diritti entro una soglia minimale.

Un utile ausilio per regolare in tal senso le relazioni tra i diversi livelli istituzionali, come è stato messo in rilievo⁶⁷, potrebbe essere offerto dal *principio di sussidiarietà*. Principio ben noto nell'ordinamento comunitario, esso ancora non ha ricevuto un'adeguata applicazione in sede giurisdizionale, né nell'ambito del riparto di competenze, né sul terreno dei diritti fondamentali, nonostante la Carta dei diritti dell'Unione europea ne faccia espressa menzione⁶⁸. Dottrine come il margine di apprezzamento, il principio di proporzionalità, o nell'ambito dell'Unione europea, la dottrina dell'*incorporation* dovrebbero essere accuratamente preservate nella giurisprudenza delle Corti europee, come mediatori indispensabili tra l'universale e il particolare, l'integrazione e la differenziazione, l'armonizzazione e le diversità.

b. L'incontro con l'altro e la dinamica del riconoscimento.

Le considerazioni fin qui svolte, ci hanno permesso di accertare che i diritti umani, pur salvaguardando la storicità e la varietà dei diversi percorsi

⁶⁷ P.G. Carozza, *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in *Europa e Costituzione*, in P.G. Grasso (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 129 ss.

⁶⁸ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea menziona il principio di sussidiarietà tanto nel Preambolo, quanto nell'art. 51, dedicato alla definizione dell'ambito di applicazione della Carta stessa.

culturali, postulano un livello – elementare – dell'esperienza umana in cui si può riconoscere ogni essere umano, in ogni cultura, in ogni epoca ad ogni latitudine.

Occorre a questo punto fare un passo ulteriore e porci direttamente la domanda: come identificare la soglia elementare universale? Quale metodo seguire?

Un limite e una difficoltà con cui si sono scontrate le varie teorie dei diritti o dei valori assoluti e universali è proprio quella della definizione dei contenuti di quel nucleo intangibile di valori, universale, sottratto al variare del tempo e della storia: se ne afferma l'esistenza, ma non si arriva a specificarne il contenuto in modo soddisfacente e duraturo.

La difficoltà ad afferrare il contenuto dell'esperienza elementare universale dipende forse da un problema di natura metodologica: la si vorrebbe definire una volta per tutte, in linea astratta, ingabbiare in un documento eterno formulato muovendo da un metodo conoscitivo logico-deduttivo, come se data l'idea della natura umana o dall'idea di uomo se ne potessero desumere i diritti universali per via deduttiva. Il metodo forse deve essere in qualche misura rovesciato.

Quel patrimonio umano universale, che accomuna tutti gli uomini, più che una tavola di valori è un'esperienza che emerge dall'interno di una storia viva, di una cultura, di un popolo. Il patrimonio umano universale non è afferrabile senza un soggetto che ne sia portatore: esso non esiste senza l'uomo che vive a una data latitudine, in una certa epoca storica, in un determinato contesto sociale, politico e culturale. È osservando gli uomini e i popoli in azione e nelle loro interrelazioni che tale patrimonio tipico dell'umano può emergere. Da questo punto di vista, vale forse la pena prestare attenzione anche al linguaggio: più che di valori, si tratta di *esperienza* elementare universale.

Ancor più, questa esperienza umana elementare si disvela nell'*incontro* tra le diverse culture, perché essa non appartiene ad un universo astratto che prescinderebbe dalle forme culturali, storicamente e positivamente determinate, in cui gli uomini conducono la loro esistenza. Essa perciò richiede un metodo di conoscenza che potrebbe essere definito di *riconoscimento*: nell'osservazione delle varie espressioni storicamente determinate dei diritti fondamentali e delle interazioni fra le stesse può avvenire il riconoscimento del significato universale di cui sono portatrici. Le relazioni e gli incontri tra i soggetti che appartengono a diverse culture permettono appunto l'emergere e il riconoscimento dei valori universali. In questa prospettiva le odierne società contemporanee, abitate da diversi e assai disomogenei gruppi, divengono il terreno più fertile per l'emergere di ciò che è comune.

La storia ci mostra che esattamente questa è stata la dinamica che ha condotto al risultato più inaspettato del XX secolo, all'epoca della scrittura della Dichiarazione universale, quando, radunati dalla sapiente e calorosa

accoglienza di Eleanor Roosevelt, cinque esponenti delle culture più lontane e avversarie in breve tempo seppero superare ogni genere di ostacolo e giunsero a riconoscere un patrimonio di diritti comune a tutta l'umanità. Non è stata la sintesi di testi, ma l'incontro fra uomini che ha portato all'emergere del patrimonio comune di diritti che è stato consegnato alla storia⁶⁹.

Può essere utile, per comprendere questa dinamica, il rapporto tra cittadinanza specifica e cittadinanza cosmopolitica che Martha Nussbaum rielabora prendendo spunto dalla classicità: «ognuno di noi è membro di due comunità una che è realmente grande e realmente comune [...] nella quale non esistono confini tra popolo e popolo, e l'unico limite che si incontra è quello segnato dal sole; l'altra è quella che ci è stata assegnata al momento della nostra nascita»⁷⁰. L'ideale del cittadino nel mondo permette di cogliere in tutti gli uomini ciò che è meritevole, ciò che è buono e durevole, cioè la loro aspirazione alla giustizia e al bene e alla loro capacità di ragionare sui mezzi corretti per realizzare tali scopi. Questo ideale non implica rinnegare o abbandonare i legami particolari, essere cittadini del mondo non implica rinnegare le fedeltà particolari. Al contrario, si entra nella vita con una cultura, così come si impara a comunicare attraverso una lingua madre. È solo appartenendo ad una cultura data e particolare che si può aspirare alla cittadinanza cosmopolitica.

Similmente a quanto accade per la cittadinanza cosmopolitica, anche ai diritti umani universali si giunge non prescindendo o facendo astrazione dalle diverse esperienze storiche e culturali positive, ma rimanendo profondamente immanenti ad esse.

In che modo l'incontro e il confronto fra le culture può far emergere «ciò che è veramente importante e veramente comune», nel nostro linguaggio, i diritti umani imprescindibili? Vorrei qui sottolineare con insistenza un punto che mi pare particolarmente delicato.

Ciò che nel mondo giuridico più somiglia all'incontro con l'altro e alla dinamica del riconoscimento è la comparazione. Ma chiunque abbia dimestichezza con la comparazione conosce bene il rischio che l'accostamento tra le diverse esperienze si risolva in una sterile descrizione, una *giustapposizione senza incontro*. L'osservazione descrittiva è solo un primo passo, di per sé non ancora sufficiente a permettere l'emergere dei valori universali. Essa può precludere alla semplice migrazione delle idee, e facilmente condurre all'import-export dei diritti fondamentali, con l'effetto di allungare a dismisura i cataloghi senza con ciò facilitare il riconoscimento di ciò che è veramente comune. Oppure, la comparazione – ed è questo il punto su cui vorrei qui insistere – può favorire l'*esame critico e riflessivo* delle tradizioni. In

⁶⁹ M.A. Glendon, *Verso un mondo nuovo*, cit., sia permesso di rinviare su questo specifico punto alla *Introduzione* al volume, a cura di P.G. Carozza, M. Cartabia e A. Simoncini.

⁷⁰ M. Nussbaum, *Coltivare l'umanità*, Roma, Carocci, 1999, 75.

uno splendido passaggio sul valore della comparazione, Mary Ann Glendon riporta una citazione dello storico francese Fernand Braudel: «Vivi a Londra per un anno e non saprai molto degli inglesi. Tuttavia grazie al confronto capirai subito e con una certa sorpresa alcune delle caratteristiche tipiche della Francia che prima non avresti mai potuto comprendere»⁷¹. L'incontro tra le esperienze dovrebbe mirare a favorire la capacità di distinguere ciò che è particolaristico da ciò che potrebbe diventare un valore per tutti, ciò che è arbitrariamente ingiustificato da ciò che potrebbe essere giustificato mediante un'argomentazione ragionata. «È cioè un rapporto umano come fatto reale a forzare la ragione ad allargarsi, per immedesimarsi nell'altro, per imparare il suo modo di percepire, per scoprirlo nella sua autentica identità con una profondità prima inimmaginabile»⁷².

È di nuovo Martha Nussbaum che ci offre uno spunto interessante, quando ripropone l'esame socratico come strada di congiunzione tra le diverse tradizioni e una cittadinanza cosmopolita. *L'autoesame socratico* è «un appello alla ragione che non ci obbliga a distanziarci dalla cultura nella quale siamo immersi», ma piuttosto richiama «il dovere della ragione di esaminare criticamente le convenzioni e le opinioni particolari alla luce dei bisogni e delle aspirazioni umane più universali»⁷³.

In definitiva, essere cittadino del mondo non significa smettere di essere critico verso alcune culture o alcuni aspetti delle varie culture, ma implica un sentimento di compassione e immedesimazione verso ogni essere umano in quanto è compartecipe della medesima dignità umana e in questo tentativo il principale alleato è la ragione.

Che strada indicano, nell'universo giuridico e in particolare nella problematica dei diritti fondamentali che qui stiamo esaminando, le considerazioni fin qui svolte, che sinteticamente escludono che si possa giungere ad una definizione dei diritti universali attraverso una logica deduttiva – perché tali valori non sono conoscibili in via astratta, ma si svelano attraverso la concretezza e la particolarità delle diverse espressioni culturali – e che, viceversa, indicano la strada dell'incontro tra i popoli, tra le diverse esperienze culturali come luogo dell'emergere di una esperienza elementare, comune a tutta l'umanità, in cui l'incontro non è semplice giustapposizione di tradizioni, ma valutazione critica delle stesse?

Da queste osservazioni potrebbero derivare molte conseguenze sul piano giuridico, ma vorrei qui limitarmi solo a qualche considerazione conclusiva sul terreno del *dialogo tra le Corti*, perché mi pare che – piaccia o non

⁷¹ M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, cit., 37.

⁷² J. Carrón, *Educare alla ragione*, Università di Firenze, 18 dicembre 2006, in <http://eprints.unifi.it/archive/0001437>.

⁷³ M. Nussbaum, *Coltivare l'umanità*, cit., 80 e 74-75.

piaccia – l'enfasi sui diritti fondamentali sta conducendo allo sviluppo di un *Richterstaat*, ed è in ambito giurisdizionale che si scaricano le più rilevanti tensioni tra diritti umani universali e diritti fondamentali come espressione storico-culturale di una data tradizione. La nostra epoca non è contrassegnata da una penuria di carte dei diritti, le quali svolgono adeguatamente il loro compito di segnare i punti cardinali che permettano agli interpreti di orientarsi. Oggi, guardando a quei punti cardinali, sono soprattutto i giudici, di qualunque livello, a trovarsi in prima linea a dover risolvere problematiche nuove, che spesso non trovano risposte chiare nei testi normativi. Ed è naturale che in questi casi si sviluppi un dialogo tra Corti, in forma più o meno diretta: come ha messo in rilievo uno studio recente di Allan Rosas, il dialogo giurisdizionale può avvenire in molte forme, più o meno dirette, che vanno dal dialogo verticale che si determina a causa del valore vincolante dei precedenti pronunciati dalle Corti supreme di un dato ordinamento giuridico, fino al dialogo orizzontale, informale e indiretto che si realizza tra giudici appartenenti a sistemi giuridici diversi, attraverso le citazioni di giurisprudenza straniera⁷⁴.

Lo sviluppo della attività giurisdizionale e del dialogo tra le Corti in materia di diritti porta con sé una grande potenzialità che potrebbe rimanere inesplorata se il confronto tra esperienze e tradizioni, in definitiva la comparazione, rimanesse al suo livello più superficiale, come importazione di testi, senza un vero incontro di esperienze diverse.

Se la comparazione si limitasse a favorire la circolazione acritica dei modelli culturali il cui esito fosse la contaminazione e l'ibridazione tra diverse tradizioni giuridiche, o, per dirla con una famosa espressione di Gadamer, la fusione degli orizzonti culturali, il risultato sarebbe di scarsa utilità. Sul piano dei diritti umani, una tale prospettiva appare impraticabile, perché condurrebbe alla compilazione di lunghi ed ampi cataloghi di diritti, in cui ogni particolarità culturale dovrebbe essere ricompresa, con esiti contraddittori. L'obiettivo di lasciar emergere i diritti universali e comuni sarebbe mancato.

Parimenti deludente sarebbe l'uso della comparazione e dell'osservazione delle esperienze oltre al fine della misurazione del consenso. Questo aspetto è particolarmente delicato nella prassi più volte segnalata dell'applicazione di precedenti giurisdizionali stranieri per la soluzione di casi che non hanno risposte chiare in un dato ordinamento giuridico. In molti casi la citazione della giurisprudenza straniera vorrebbe evidenziare un consenso in via di formazione in diverse parti del mondo. Il semplice fatto di evocare un consenso diffuso sembra corroborare la legittimità di una data scelta. Se questo fosse il senso del richiamo alle esperienze straniere occorrerebbe, allora, applicare anche al dialogo giurisdizionale le regole elementari della democrazia che mi-

⁷⁴ A. Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 2, 2007.

surano il consenso secondo il principio di maggioranza, sempre ammesso che tali procedure possano essere adeguate per l'attività giurisdizionale, che per sua natura sul terreno dei diritti è caratterizzata da una logica *countermajoritarian*. Trascinare i diritti nel terreno del consenso significa mettere a rischio la loro caratteristica primordiale che è l'alterità rispetto al potere.

Viceversa, la comparazione come incontro di esperienze vive ha un indubbio valore intrinseco per allargare l'orizzonte conoscitivo e collocare il giudice e l'interprete in una posizione più favorevole ad una adeguata comprensione del problema su cui è chiamato ad esprimersi. Nel campo dei diritti fondamentali, tuttavia, la comparazione perderebbe ogni significato se diventasse il veicolo per una meccanica imitazione o per una cieca importazione dei modelli culturali vincenti. Se così fosse, essa diventerebbe lo strumento più potente e ad un tempo più seducente di quella deriva imperialistica realizzata in nome dei diritti umani, che poco sopra è stata evidenziata e giustamente criticata.

Se, e solo se, la comparazione delle esperienze giuridiche non si adagia nell'imitazione delle soluzioni, ma si addentra al livello più impegnativo delle *rationes decidendi*, essa può diventare una risorsa formidabile per un esame critico delle diverse tradizioni e per un arricchimento delle ragioni che sostengono l'una o l'altra delle soluzioni possibili. Come è stato efficacemente suggerito⁷⁵ altro è la *comparazione probatoria*, in cui ci si rivolge al diritto comparato solo per avere conferme di una decisione già presa. La comparazione probatoria importa soluzioni acriticamente. È qui che si annidano i maggiori rischi di abuso che sopra abbiamo evidenziato, perché non si tratta di vera comparazione, ma di un artificio retorico in cui le esperienze straniere fungono solo da suggello rafforzativo di decisioni non sufficientemente motivate con le consuete tecniche argomentative. Altro è la *comparazione conoscitiva*: la comparazione, intesa come sede di incontro con altre esperienze, può avere l'indubbia capacità di *allargare la ragione*, permettendo di approfondire e ampliare la comprensione delle diverse tradizioni, lasciando emergere gli elementi comuni e le eventuali particolarità. Essa non guarda anzitutto alle soluzioni, ma alle argomentazioni. La comparazione non dovrebbe mai diventare una scorciatoia per il ragionamento giuridico, né un canale di importazione pedissequa di soluzioni, ma piuttosto un'opportunità per l'arricchimento delle argomentazioni, delle ragioni, che possono portare ad accogliere, ma anche a confutare, le risposte giurisdizionali sperimentate in altre parti del mondo.

La posta in gioco non è di poco conto. Se il dialogo giurisdizionale globale che si sta sviluppando intorno ai diritti umani è inteso come orpello retorico per l'importazione di decisioni assunte altrove esso apre la strada ad una

⁷⁵ A. Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., 485.

omologazione culturale, in cui le singole tradizioni e gli stessi principi universali sono alla mercé della cultura dominante; viceversa, se il dialogo giurisprudenziale attinge al più profondo livello delle argomentazioni esso può diventare un utile strumento per l'allargamento delle ragioni e delle motivazioni, capace di distinguere le risposte che sono legate e condizionate dal contesto da quelle che possono utilmente essere generalizzate perché contribuiscono alla fioritura della dignità umana.

Quella attuale è un'epoca caratterizzata dalla proliferazione dei diritti. Tuttavia non ogni esigenza qualificata come «diritto fondamentale» in un'aula giudiziaria ha il carattere dell'universalità. Per molto tempo si è dato per scontato che il patrimonio comune ad ogni persona umana fosse condensato nei diritti dell'uomo. Chiunque abbia dimestichezza con le tendenze attuali della giurisprudenza sa bene che la categoria dei diritti fondamentali è ampiamente inflazionata. Questa tendenza ci costringe a chiarire che l'universalità dell'evento dell'umano non si risolve né si sovrappone perfettamente con i diritti fondamentali. Tra i molti «nuovi diritti» affermati quotidianamente nelle decisioni giurisprudenziali ve ne sono alcuni soltanto che riflettono un contenuto universale dell'esperienza umana. Occorre allora compiere un passo aggiuntivo e sottomettere anche i diritti fondamentali al vaglio critico dell'esperienza elementare attingendo ad un'osservazione aperta della realtà e delle dinamiche della vita umana, all'occorrenza anche attraverso l'ausilio dei «casi» e della comparazione, passata al vaglio critico della ragione.

In questo scenario la Costituzione italiana potrebbe svolgere un ruolo fondamentale, in quanto portatrice di una tradizione, di una cultura originale e complementare rispetto all'individualismo dominante, in cui potrebbero riconoscersi anche molte altre culture e tradizioni, come già è accaduto in altri momenti della storia. Molte volte, e a ragione, si è avvertita la necessità di difendere la Costituzione da improvvisi tentativi di riforma volti a snaturarne il volto. Meno chiara, forse, è la consapevolezza che difendere la Costituzione, e soprattutto la visione della persona umana che essa racchiude, oggi necessita che lo spirito del costituzionalismo italiano sia speso e promosso a livello europeo e internazionale, come patrimonio offerto per l'arricchimento di tutti. Ma perché questo accada occorrono *soggetti* – uomini e donne, politici, giudici, gruppi sociali – consapevoli della ricchezza che il testo costituzionale racchiude e consapevoli che solo in un incontro critico tra identità culturali e costituzionali può emergere ciò che è veramente imprescindibile per ogni persona umana.