

# CONTROLLO COSTITUZIONALE, SVILUPPO LEGISLATIVO E DIMENSIONE GIUDIZIALE DELLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI\*

di ANDRÉS OLLERO

SOMMARIO: 1. Esigenze ineludibili senza fondamento riconosciuto. – 2. Dimensione etica del controllo di costituzionalità. – 3. La rottura della immunità legalista. – 4. Le frontiere attuali della lotta per i diritti umani.

## 1. ESIGENZE INELUDIBILI SENZA FONDAMENTO RICONOSCIUTO

La vigenza attuale dell'appello ai "diritti umani" nell'ambito europeo appare segnata da due fattori contraddittori. Da una parte, dal punto di vista *politico*, si è consolidata l'esigenza etica indiscutibile che la legalità positiva e i poteri pubblici li rispettino nel miglior modo possibile. D'altra parte, dal punto di vista *filosofico*, si nega ogni validità a qualsiasi linea dottrinale capace di offrire loro un fondamento anche minimamente consistente<sup>1</sup>. Si pretende, infatti, che la pratica giuridico-politica ruoti intorno a una realtà che la teoria è restia a prendere seriamente in considerazione.

Nella *ricostruzione giuridico-costituzionale* del *dopo guerra* si è radicata la convinzione che fosse inevitabile un cambiamento decisivo: dall'idea che non esistono altri diritti che quelli (soggettivi) che risultino dal contenuto di leggi previe, si doveva passare a subordinare le leggi alle esigenze di alcuni diritti (fondamentali) che le precedessero. Se tutto l'ordinamento giuridico era concepito come espressione del "minimo etico" indispensabile per rendere possibile in ogni caso

---

\* Trad. di C.A. Toffolon.

<sup>1</sup> Di ciò ci siamo occupati nei nostri lavori *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía* e *Para una teoría "jurídica" de los derechos humanos* inseriti nel volume *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 127-168.

la convivenza, lasciando alla libera iniziativa l'accettazione di esigenze più generose, il rispetto dei diritti umani diventa ora il suo nucleo indiscutibile. Senza di esso, una società si troverebbe al di sotto di un livello minimo e diverrebbe impossibile una convivenza propriamente "umana".

Qualche decennio più tardi questa convinzione pratica rinasce, quando l'esaurimento storico dei regimi autoritari di Portogallo e Spagna apre la strada a *transizioni democratiche* inusitatamente segnate dalla riconciliazione ed estranee ai traumi dei conflitti bellici. Oltre ad essere utili come punto di riferimento per la riconversione dei regimi autoritari della America Latina, esse diventano un precedente – almeno cronologico – degli intenti attuali di ricostruzione dei regimi socialisti dell'Est oramai crollati.

Questa continuità dell'esigenza pratica dei "diritti umani" si è vista, paradossalmente, accompagnata da un'inclinazione verso un *pensiero* troppo *debole* per assumere una oggettività etica capace di fornirle appoggio. Mentre nell'immediato dopoguerra si constatava un "eterno ritorno del diritto naturale", e un decennio più tardi c'era il tentativo – oscillante fra la fenomenologia e una mera e inconfessata metafisica – di mantenere più lievi quantità di fondamento etico oggettivo grazie alla strada della "natura delle cose", negli anni '70 teoria e pratica appaiono già segnate a procedere ognuna per la sua strada senza turbarsi troppo.

Tutto ciò ha consolidato una curiosa cultura di *doppio linguaggio* che – se non si rinuncia a pensare – sembra sfociare in uno sgradito dilemma: o il silenzio cinico o la schizofrenia militante. Non ci è filosoficamente permesso parlare seriamente dei diritti umani, ma nessuno è attratto dalla possibilità di vivere senza di essi né si potrà politicamente azzardare una simile proposta. Negarli nella pratica risulterà improponibile, così come impegnarsi teoricamente e precisare il loro fondamento.

Né il positivismo né il marxismo, che hanno dominato durante questi decenni la teoria della conoscenza, hanno mai dato il loro "nihil obstat" a diritti così apprezzati. Per una volta si sono dimostrati concordi nell'accusarli – per diverse ragioni, com'è ovvio – di essere mistificazioni "ideologiche" della realtà, al servizio di interessi più o meno accettabili. Hanno preferito criticarli – proponendo supposte "libertà reali" come alternativa obbligata alle ben note "libertà formali" – o li hanno condannati a oscillare sopra le nubi del benevolo relativismo, tollerabile da parte del pensiero debole.

Alla *contraddizione fra vuoto teorico e accettazione pratica* si aggiunge quella delle ragioni che giustificano quell'indulgenza parallela. Le conseguenze non hanno tardato a manifestarsi. Anche se han

cercato di mascherare terminologicamente questo annesso *doppio linguaggio pratico*, i corpi giuridici meta-costituzionali (per esempio, i Patti su cui si basa la Dichiarazione universale promossa dalle Nazioni Unite) non hanno potuto dissimulare la coesistenza di due anime ben diverse.

Lo stesso è successo nei testi costituzionali posteriori. Come se si trattasse di lievi sfumature, c'è stato chi – sottoscrivendo un radicalismo garantista, inflessibile di fronte a qualsiasi sintomo di oppressivo intervento statale – ha finito per proporre che qualsiasi restrizione della libertà debba essere giustificata espressamente; non è mancato spazio per dare adito alla “discriminazione inversa” imprescindibile perché l'uguaglianza sia qualcosa di più di una mera coercizione; si è potuto inoltre considerare via obbligata l'opzione a favore di uno Stato sociale e “democratico” di diritto<sup>2</sup>, destinato a sfociare nella socialdemocrazia.

Richiama particolarmente la nostra attenzione il fatto che – davanti a tale scenario – siamo incitati a seguire la tattica dello struzzo, ricorrendo ad una tattica giuridica curiosa; dato che tutti siamo d'accordo che non è possibile prescindere dai diritti umani, lasciamo da parte oziosi dibattiti sul loro fondamento reale – utili soltanto per incrinare un compromesso così benpensante a non pensare – e dedichiamoci alle formule giuridiche efficaci per proteggerli

---

<sup>2</sup> Nell'ambito spagnolo, la prima posizione è difesa da A. RUIZ MIGUEL, *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, in “Revista Centro Estudios Constitucionales”, (Madrid) 14, 1993, pp. 135-165, specialmente pp. 148, 161 e 150, per il quale l'articolo 17.1 della Costituzione non avrebbe la portata semplicemente formale di una norma di chiusura dell'ordinamento, ma quella di un «criterio materiale che afferma che la legge non deve proibire certe attività che, essendo parte essenziale della libertà personale, devono essere permesse»; di conseguenza, si dovrebbe rivedere la “ragionevolezza” di qualsiasi limitazione della libertà e la “necessità perentoria” delle più gravi. La seconda trova riscontro nell'articolo 9.2 della Costituzione, di indubbia matrice italiana, secondo il quale «è compito dei poteri pubblici promuovere le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi nei quali si inserisce siano reali ed effettive; rimuovere gli ostacoli che impediscono o rendono difficoltoso il loro pieno sviluppo e facilitare la partecipazione di tutti i cittadini nella vita politica economica culturale e sociale». La terza la propone E. Diaz, che collabora con il suo allievo sopra citato in attività d'insegnamento nel Dipartimento di Filosofia del Diritto dell'Università Autonoma di Madrid; a suo parere già un anno prima che l'espressione «Stato sociale e democratico di Diritto» venisse accolta nell'articolo 1.1 della Costituzione, lo «Stato democratico di Diritto» si propone come fine la soppressione del sistema neocapitalista e l'avvio successivo verso un sistema di produzione socialista». Cfr. E. DIAZ, *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas*, inserito poi in *Legalidad – Legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid 1978, pp. 149-186, in concreto p. 157.

nella pratica<sup>3</sup>. È veramente innocua questa eroica decisione? Sarebbe grave che dopo aver – con una così costosa astenia intellettuale – forgiato in una formula testuale il deciso proposito di proteggere un diritto umano fondamentale, si dovesse finire per riconoscere con rassegnazione che il suo valore pratico dipenderà in ciascuna circostanza dalla forza utilizzabile per spalleggiarlo<sup>4</sup>.

Inoltre, anche se accettassimo che fosse il *consenso sociale* di fatto vigente – e non la forza nuda e cruda – il punto d'appoggio che ci serve, va emergendo ai nostri giorni un ulteriore problema. Fino a quando potremo continuare ad immaginare ordinamenti giuridici che rimandino a un consenso sociale omogeneo? Le nostre società europee cominciano con manifesta difficoltà a sperimentare, decenni più tardi, l'esperienza nordamericana di convivenza multiculturale, multirazziale, multireligiosa ... Lasciando da parte i poco dissimulati intenti di frenare questo processo, finiremo anche in Europa ad identificare nella pratica il "consenso" indiscusso con le impostazioni tradizionali dei "WASP" di turno, destinati forse a rimanere un qualche giorno in minoranza?

Immersi nel doppio linguaggio – senza perdere però la speranza che forse un giorno si superi l'attuale anatema contro qualsiasi proposta di etica oggettiva – ci rimangono soltanto i meccanismi di controllo costituzionale per tentare che i diritti umani siano qualcosa di più che un comodo parolaio. Il loro reale funzionamento potrà, purtroppo, cagionare – insieme a indubitabili progressi pratici – alcune contraddizioni ulteriori.

## 2. DIMENSIONE ETICA DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ

Se, nell'ambito filosofico, i diritti umani subiscono le conseguenze della messa al bando dell'etica oggettiva – alla quale non si può fare

<sup>3</sup> Al riguardo, N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1979, pp. 131-157.

<sup>4</sup> «Disingannatevi Vostre Signorie. Tutti sanno che il problema del diritto è il problema della forza che c'è dietro il potere politico e dell'interpretazione. E se c'è un Tribunale Costituzionale e una maggioranza pro abortista, "tutti" permetterà una legge sull'aborto; e se c'è un Tribunale Costituzionale e una maggioranza anti abortista, la "persona" impedirà una legge sull'aborto» così affermò, come portavoce del gruppo socialista durante il dibattito dell'articolo 15 della Costituzione il Professore G. PECES-BARBA MARTINEZ, davanti al plenum del Congresso dei Deputati nella seduta del 6 luglio 1978. Cfr. *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid 1989 (2ª edición), t. II, p. 2038.

a meno di ricorrere nei testi, anche se retoricamente e ambigualmente, per poter conferire loro una qualche identità – nell'ambito teorico-giuridico essi entrano inevitabilmente in *conflitto* con la sopravvivenza di routine<sup>5</sup> del *normativismo positivista*.

Kelsen, il suo più rigoroso esponente, non vuole concedere ai diritti – qualunque sia la qualificazione che li accompagna – maggiore consistenza reale che quella di mero riflesso dell'unica realtà giuridica: le norme<sup>6</sup>. Le Costituzioni farebbero bene, se concepite rigorosamente, a prescindere da allusioni a diritti umani o ad altre costruzioni retoriche<sup>7</sup>. Una Costituzione non è in fin dei conti che una delle norme positive; certamente la prima. Non ci siamo allontanati dalla vecchia concezione dei diritti come impliciti nelle leggi.

Dentro il concetto kelseniano del diritto come sistema "dinamico"<sup>8</sup>, non si può immaginare la Costituzione come un deposito di primarie esigenze etiche e di valore, destinato a trovare sviluppo e rilevanza pratica attraverso le leggi. Sebbene sia proprio questo ciò che i recenti testi costituzionali in buona parte suggeriscono, tale genere letterario sarebbe – di per sé – più peculiare di un metagiuridico "diritto naturale", reso positivo contro natura, piuttosto che di una apprezzabile norma giuridica.

La *Costituzione* non appare essere altro, dunque, che la prima e suprema Legge. Incarna, tuttavia, una realtà giuridica dubbiosamente "positiva". Più che proporre il modo concreto di regolare le relazioni sociali – il che sarà proprio delle leggi positive –, contiene una panoplia di formule che consentiranno al momento adatto di porre il veto a determinate leggi. La Costituzione è, in realtà, *legislazione negativa*; e come tale si configurerà la sua capacità di controllo delle leggi nel sistema "concentrato" del disegno kelseniano, che sarà – introducendo una nuova fonte di contraddizioni ... – ciò a cui si finirà per ricorrere nell'Europa continentale.

<sup>5</sup> Al riguardo cfr. il nostro lavoro *La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una "routine" pratica*, in "Justitia", 4, 1991, pp. 333-375.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1967, p. 132.

<sup>7</sup> H. Kelsen respinge ogni possibile applicazione di norme "soprapositive", di diritto naturale o di «principi non tradotti in norme di diritto positivo» che consisterebbero in «postulati non giuridicamente obbligatori», che esprimono in realtà solo gli interessi di certi gruppi. Visto che non si può dare loro «un contenuto univoco», servono soltanto per «coprire l'ideologia corrente con la quale ogni ordinamento giuridico cerca di rivestirsi», e tutto ciò suggerisce che la Costituzione debba «astenersi da codesta fraseologia». Cfr. H. KELSEN, *La garanzia costituzionale*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 143-206, in concreto pp. 188-190.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 198.

Dichiarare incostituzionale una legge positiva non sarà altro che sottrarre negativamente dall'ordinamento giuridico quello che essa vi aveva introdotto; se un Tribunale Costituzionale si permettesse di effettuare da parte sua qualche apporto positivo finirebbe per sostituirsi al Parlamento, attribuendosi illegittimamente competenze proprie degli organi depositari della sovranità popolare.

I primi problemi sorgono perché le stesse Costituzioni che hanno adottato il sistema kelseniano di *controllo concentrato di costituzionalità* (attribuito ad uno specifico Tribunale, anziché lasciare che lo eserciti – in modo “diffuso”, attraverso i suoi organi gerarchicamente ordinati – il Potere Giudiziario ...) non hanno avuto dubbio nell'includere generosamente precetti per la tutela di gran numero di diritti umani, riconoscendoli addirittura come norme di diretta applicazione<sup>9</sup>, senza pregiudizio di un possibile ulteriore sviluppo legislativo.

Con ciò si è proceduto a positivizzare quello che Kelsen sarebbe tentato di considerare come un sistema “statico” più proprio della morale che del diritto. Lo si è fatto, indubbiamente, in modo flessibile, in quanto la Costituzione non imporrà in modo univoco un determinato sviluppo legislativo – in linea con il sistema “more geometrico” proprio del giusnaturalismo razionalista – ma ammetterà una pluralità di alternative legislative, tutte quante costituzionali. Tuttavia, neanche questo ci avvicina a Kelsen, il cui sistema – inseparabile da un “non cognitivismo” etico – si appoggia su mere connessioni formali e non su *contenuti “materiali” vincolanti*, per quanto se ne delinea flessibilmente la sua operatività pratica.

Una prima conseguenza sarà la comparsa delle cosiddette *sentenze interpretative*, frequenti in special modo ogni qual volta si discute della protezione dei diritti umani. Kelsen dal canto suo – fedele al suo irrazionalismo etico, che lo porta ad affermare esplicitamente che una sentenza non è giudizio bensì una decisione<sup>10</sup> – ognuna delle

---

<sup>9</sup> Così, per esempio, la Sentenza del Tribunale Costituzionale (d'ora in avanti STC) 80.1982 del 20 dicembre dichiarò l'incostituzionalità sopravvenuta dell'articolo 137 del Codice Civile, che disponeva modi diversi di riconoscimento della filiazione, a seconda che fosse “legittima” o “naturale”, con conseguenti effetti successori. Mentre l'organo giudiziario non aveva riconosciuto all'articolo 14 della Costituzione (sulla non discriminazione) altro valore che quello di «mere enunciazioni di principi destinati ad orientare il futuro lavoro del potere pubblico e senza efficacia per quanto attiene la nascita dei diritti civili», paragonandolo alle “Leggi Fondamentali” del regime franchista, il Tribunale Costituzionale stabilisce la sua «vincolatività immediata (cioè a dire, senza bisogno di mediazione del legislatore ordinario)». F.1; cfr. “Boletín de Jurisprudencia Constitucional” (in seguito “BJC”) 21, 1983, p. 64.

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 349.

alternative aperte da una norma non avrebbe validità formale maggiore o minore di qualunque altra; una sentenza interpretativa<sup>11</sup> al contrario, stabilisce – d'accordo con un giudizio emesso sul loro contenuto materiale – quale alternativa o alternative sarà possibile assumere e quali no, di modo che la norma possa continuare ad essere considerata costituzionale.

Questa prima dislocazione del sistema si aggrava ancor più quando si rende responsabile il Tribunale, oltre che del controllo di costituzionalità delle leggi, della *difesa* di determinati *diritti fondamentali*. Il tentativo di unire l'effettività di tale protezione con il rispetto dei ristretti margini di una rigorosa legislazione negativa è destinato immediatamente all'insuccesso. Per non rischiare di lasciare un diritto privo di protezione nella pratica, il Tribunale sarà costretto ad addentrarsi – volente o nolente – in divagazioni "positive"<sup>12</sup>.

Una simile ricerca di efficacia spiega la costante benevolenza espansiva che la protezione costituzionale dei diritti porta con sé. Anche quando i ricorsi alla Corte Costituzionale hanno come fine esclusivo la riparazione della lesione inflitta a un diritto da un atto emesso da un potere pubblico in una concreta situazione, la sentenza che se ne occupa finisce per ripercuotersi – in modo diretto o indiretto – sulla norma di copertura dell'atto.

Quando l'atto annullato è una sentenza giudiziale, la stessa gerar-

---

<sup>11</sup> La STC n. 5/1981 del 13 febbraio (dunque la quinta emanata dal Tribunale nel corso della sua storia), che analizzò la costituzionalità della *Ley orgánica del Estatuto de Centros Escolares* si riferisce a queste sentenze come a quelle che «dichiarano la costituzionalità di un precetto impugnato nella misura in cui lo si interpreta nel senso che il Tribunale considera come adeguato alla Costituzione o non lo si interpreta nel senso (o nei sensi) che il Tribunale considera inadeguati», aggiungendo che questo è per il Tribunale «uno strumento lecito, anche se molto delicato e di uso non facile». F.6; "BJC", 1, 1981, p. 32.

<sup>12</sup> Così si denuncia nelle dichiarazioni di voto in ordine n. STO 53.1985 del 11 aprile – "BJC", 49, 1985, pp. 515-542 –, che ha dichiarato incostituzionale il primo progetto socialista di depenalizzazione dell'aborto in determinati casi, dopo che c'è stato un pareggio fra i dodici magistrati del Tribunale Costituzionale, risolto facendo riferimento al voto del suo Presidente. Il Magistrato F. TOMAS VALIENTE ricorda che «la giurisdizione costituzionale è negativa, può formulare esclusioni o veti sui testi a lei sottoposti. Quello che non può fare è dire al legislatore quello che deve aggiungere alle leggi perché diventino costituzionali. Se agisce così, così ha agito in questo caso il Tribunale, si trasforma in legislatore positivo», e aggiunge: «Il Tribunale Costituzionale, di frequente spinto a comportarsi come se fosse ciò che con un linguaggio non tecnico né irreprensibile si è denominata "la terza Camera", stavolta ha ceduto alla tentazione» – dichiarazione di voto, 6° b) e c); *ibidem*, p. 539. Su argomenti simili insistono i Magistrati A. LATORRE SEGURA e M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO – dichiarazione di voto, 2° e 3°; *ibidem*, p. 540 – e F. RUBIO LLORENTE – dichiarazione di voto; *ibidem*, p. 541.

chia delle fonti dell'ordinamento ne subisce il contraccolpo; non solo perché il Tribunale Costituzionale sembra innalzarsi in una nuova istanza giurisdizionale – i giudici della legge diventano anche giudici della “cosa giudicata”<sup>13</sup> –, ma anche perché al momento di esigere che i tribunali rispettino l'uguaglianza nell'atto di applicare una stessa norma scegliendo fra le sue alternative, il precedente giudiziario – teoricamente estraneo alla cultura giuridica continentale – propende ad acquistare forza vincolante<sup>14</sup>.

Non sono rare, da ultimo, le situazioni in base alle quali l'effettività di un diritto esige nella pratica protezione rispetto ad atti di terzi<sup>15</sup> estranei all'esercizio di qualsiasi potere pubblico.

A questo punto, gli schemi applicativi propri del normativismo positivista risultano già non praticabili. Se la stessa norma – secondo come la si interpreti – può in certi casi essere considerata incostituzionale e in altri no, appare chiaro che l'ordinamento giuridico non può continuare ad essere come un semplice ordito di norme, in quanto dovrà includere altri elementi – non meno giuridici – idonei a giustificare tale pluralismo interpretativo. L'applicazione – presumibilmente logica – di norme lascia spazio ad una *ponderazione*, indissimulabilmente valorativa, di *principi*. In effetti, la protezione dei diritti umani trova minor applicazione attraverso le norme che mediante la difficile ponderazione di principi; non invano gli stessi diritti tendono a confluire in un gioco di non rara conflittualità, o quantomeno bisognoso di reciproca misura.

Per quanto si sia ricorsi a un disegno di *controllo concentrato di costituzionalità*, il *decisionismo formalista* kelseniano è stato chiaramente abbandonato, per dare spazio a un continuo sforzo per stabilire, il più giudiziosamente possibile, la gerarchia di valori da riconoscere nei casi concreti. La validità delle leggi, così come la loro interpretazione più esatta<sup>16</sup>, dovrà essere confermata in contrasto

---

<sup>13</sup> La STC 190.1988 del 17 ottobre, dopo aver negato tutela ad un ricorrente per presunta lesione dell'uguaglianza nell'applicazione della legge, fa notare che attribuire al Tribunale Costituzionale il controllo della diseguaglianza tra decisioni di organi giudiziari diversi darebbe luogo a un ricorso alla Corte Costituzionale «a modo di cassazione universale» – F.3; 91, 1988, p. 1277.

<sup>14</sup> Al riguardo cfr. il nostro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

<sup>15</sup> Al riguardo J. GARCIA TORRES-A. JIMENEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1986.

<sup>16</sup> Il Tribunale Costituzionale coglie ogni occasione per ribadire che «in materia di diritti fondamentali, la legalità ordinaria deve essere interpretata nella maniera più favorevole all'effettività di codesti diritti»; per esempio nella STC del 6 maggio, P.3 – “BJC”, 26, 1983, p. 650.

con le esigenze dei diritti, in una operazione che lasci trapelare implicazioni etiche.

### 3. LA ROTTURA DELLA IMMANENZA LEGALISTA

Paradossalmente, il ripiego verso gli alvei di garanzia pratica dei diritti umani non ha fatto altro che rendere più impellente il bisogno di poter contare fattualmente sul loro fondamento. Risulta indissimulabile che il *controllo* della *costituzionalità* di un atto o norma esige che si emettano giudizi di valore. Sono queste mere manifestazioni arbitrarie di volontà o è possibile ricondurle a un ambito di razionalità pratica? I progetti dell'immanentismo legale falliscono. Rimane fuori dubbio l'opzione per l'ulteriorità riflessa nella sottomissione della legge al diritto<sup>17</sup> e ai diritti nei quali esso si riflette ... Ciò che non è molto chiaro è quale sarà l'ubicazione di questa trascendenza giuridica. L'onesto Magistrato costituzionale è costretto a destreggiarsi con "criteri strettamente giuridici", ai quali accede attraverso alcune norme peculiari, che paiono maggiormente alludere a generici contenuti etici più che precisare specifiche regolamentazioni di fatti concreti.

A detta di Kelsen, l'entrata in gioco del Tribunale Costituzionale non fa altro che prolungare la catena di decisioni arbitrarie in cui consiste l'attività giuridica, aumentando con ciò le opportunità processuali di controllare, invalidandole, decisioni precedenti. Ci troviamo davanti ad un mero differimento della fine del processo di consolidazione della decisione giuridica, che (più "cosa voluta" che "cosa giudicata" ...) non perderebbe mai il suo inevitabile carattere: *arbitrarietà sottomessa a controllo arbitrario*.

Se pretendiamo di andare più in là del mascheramento decorativo della mera arbitrarietà, non possiamo prescindere da certi punti di riferimento. Certamente, i testi costituzionali presuppongono che i diritti a cui fanno riferimento hanno "contenuto"; non mancano inoltre, come vedremo, quelli che rimandano a un *contenuto essenziale*. Di cosa ci parlano quando si riferiscono ad esso? Ci invitano a conoscere una data realtà? A ponderare con prudenza, mediante un decisionismo raziocinante o una ragione decisa a trovare una soluzione, l'incidenza reale di alcuni principi di una determinata con-

---

<sup>17</sup> Al riguardo l'interessante studio di A. KAUFMANN sull'articolo 20.III della Legge Fondamentale tedesca - *Gesetz und Recht*, in *Rechtsphilosophie in Wandel*, Athäneum, Frankfurt 1972, pp. 135-171.

dotta? Ci incitano soltanto a ornare "ideologicamente" qualunque decisione, di modo che – pur essendo arbitraria ed opportunistica – goda della più elevata legittimazione? Se non si opta per quest'ultima alternativa, ogni tentativo di evitare di addentrarsi nella metafisica giuridica rivela notevoli difficoltà.

Si propone, in certi casi, che si consideri il "contenuto essenziale" come quello che emana dalla stessa *natura giuridica* del precetto<sup>18</sup>, con il volonteroso proposito di porci in un ambito diverso da quello di un polemico "diritto naturale" o di una non meno sospetta "natura delle cose"; non risulta tuttavia chiaro che per esso possa bastare cambiare il gioco sostantivo-aggettivo ... Non sembra, tuttavia, che la delimitazione dell'acquisizione concreta di un diritto – ancor meno la diagnosi di ciò che in esso sia da considerarsi come "contenuto essenziale" ... – siano operazioni precisamente tecniche, né realizzabili senza una – più o meno confessata – teoria della giustizia che le serva da fondamento.

Le cose non migliorano quando si viene rimandati alla *realtà sociale*. Può darsi che veniamo invogliati a scoprire nella realtà circostante l'emergenza di proposte normative; in tal caso, ci troveremo di nuovo a riconoscere esigenze etiche derivate dalla "natura delle cose". Forse ci viene consigliato di rinunciare a optare arbitrariamente fra le diverse alternative aperte da una norma, per scegliere ragionevolmente la più adeguata a tale contesto sociale; ma allora bisogna confessare che in esso è possibile scoprire il gioco pratico di principi oggettivi capaci di vincolare l'interpretazione della norma.

Escluderemo, al contrario, che ci sia richiesto di rimetterci a una realtà così ovvia – solo nell'ignorante o nel complice risulterebbe concepibile il dubbio ... – da rendere quasi inutile ogni polemica. Ci avvi-

---

<sup>18</sup> Per il Tribunale Costituzionale, illustrare il conseguimento del "contenuto essenziale" dei diritti e libertà, a cui si riferisce l'articolo 53.1, supporrebbe «stabilire un vincolo tra il linguaggio che adoperano le disposizioni normative e quello che alcuni autori hanno chiamato il metalinguaggio o idee generalizzate e convinzioni generalmente accettate tra i giuristi, i giudici e in genere gli specialisti in diritto» – STC 11.1981 del 8 aprile, F.8; "BJC", 2, 1981, p. 93. Con ciò non si fa altro che rinviare il problema giacché o tale gruppo si comporta arbitrariamente o fonda i suoi giudizi su basi oggettive. «Il modello astratto del diritto preesiste concettualmente al momento legislativo» e, di conseguenza, si dovranno intendere come contenuto essenziale di un diritto «quelle facoltà o possibilità d'attuazione necessarie perché il diritto sia riconoscibile come pertinente al modello prescritto» (*ibidem*). Per quanto si faccia appello a una fraseologia logicistica, la dimensione etica di una operazione così gravosa è assolutamente ovvia, come quando si ricorre all'alternativa di rivestirla sociologicamente: sarebbe essenziale «quella parte del contenuto del diritto che è assolutamente necessaria perché gli interessi giuridicamente protetti, che danno vita al diritto, risultino realmente, concretamente ed effettivamente protetti» – *ibidem*, p. 94.

cineremo in tal caso pericolosamente ad un "dispotismo illuminato", propenso a esprimere un'insuperabile inclinazione verso una *democrazia rimandata*; solo quando si siano emancipati i cittadini da quella radicale indigenza – intellettuale ed economica – che offusca loro l'ovvietà, avrebbe senso sospendere la tutela obbligata nei loro confronti esercitata da veggenti di una realtà, per lo più, sempre futura.

Non ci resterebbe, infine, che convertire l'opinione pubblica in ultima istanza della configurazione dei diritti. Non mancherebbe la possibilità di farlo, visto il peculiare rango che la giurisprudenza costituzionale è solita concedere a determinati diritti – come la libera espressione e l'informazione<sup>19</sup> – proprio perché, contribuendo a configurarla, offrono un imprescindibile punto d'appoggio per il pluralismo democratico espressione della sovranità popolare. Ma, in realtà, tale supremazia viene loro conferita per il loro contributo alla legittimazione delle leggi, mentre viene loro negata una simile capacità a legittimare la Costituzione o i suoi contenuti, tra i quali quei diritti e altri occupano un posto preminente.

Buona prova di quanto detto sono disposizioni come quelle che prospettano esigenze ulteriori per dare via libera a una riforma della Costituzione che coinvolge i diritti fondamentali e le libertà pubbliche o escludono la loro regolamentazione dell'ambito dell'iniziativa legislativa popolare<sup>20</sup>. Non manca inoltre giurisprudenza costituzionale nella quale si scarta espressamente la possibilità di rimettere alle opinioni diffuse in una determinata congiuntura storica<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Già lo STC 6.1981 del 16 marzo segnalava che «l'articolo 20 della Costituzione garantisce il mantenimento di una comunicazione pubblica libera, senza la quale rimarrebbero vuoti di contenuto reale altri diritti che la Costituzione sancisce, ridotte a forme sterili le istituzioni rappresentative e assolutamente falsato il principio di legittimità democratica»; senza di essa «non c'è società libera né, pertanto, sovranità popolare», e da ciò risulta esigibile una "speciale considerazione" – F.3; "BJC", 2, 1981, p. 132.

<sup>20</sup> L'articolo 168.1 della Costituzione spagnola prevede che quando si proponga una revisione del suo testo che concerna – tra gli altri – il Capitolo Secondo, Sezione Prima, che tratta «Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche», l'iniziativa richiederà «la maggioranza di due terzi di ogni Camera», procedendo «allo scioglimento immediato delle Camere». L'articolo 87.3, richiedendo un minimo di 500.000 firme per dare il via a una iniziativa legislativa popolare, indica che «non è ammissibile tale iniziativa in materie riservate a leggi organiche», tra cui l'articolo 81.1 comprende in primo luogo «quelle relative allo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche».

<sup>21</sup> Così a fronte della opinione di una Magistratura del Lavoro, che considerava che certe misure discriminatorie a tutela della donna potrebbero essere derogate «se risultassero inattuali», il Tribunale Costituzionale mette in risalto che «il problema non consiste nella conformità della soluzione giuridica con le convinzioni e credenze attuali, che è ciò che si può chiamare "attualità", bensì nella

la configurazione reale di alcuni diritti di indiscussa permanenza.

Tutto ciò risulta indubbiamente molto ragionevole, purché non ci si dimentichi di un duplice insegnamento storico. Da una parte, le violazioni più eclatanti dei diritti umani hanno contato frequentemente – se non proprio sull'esplicita approvazione di una maggioranza sociale – su un complice silenzio; si riteneva impossibile un loro superamento, li si considerava prezzo obbligato di imperativi di sicurezza o ragion di Stato, o più semplicemente il cittadino medio si sentiva ambiguamente incline a non stimarsi particolarmente responsabile della situazione. D'altra parte, l'incremento nella proposta e garanzia dei diritti umani sono stati il frutto di *proposte* sociali *utopistiche*, inevitabilmente seguite da una dura lotta contro opinioni comuni<sup>22</sup> socialmente radicate, nella quale hanno dovuto appoggiarsi su esigenze etiche così solidamente oggettive da sottometterle.

La protezione *giuridica effettiva* dei diritti umani obbliga, pertanto, ad archiviare tutte le relative impostazioni teoriche che pretendono di riferirsi a una *dimensione* asetticamente *tecnica del diritto*, scollegandola scrupolosamente da ogni vincolo etico e morale in senso lato. Perciò risulta particolarmente specioso qualsiasi tentativo di rifugiarsi, al momento di affrontarla, in questa tecnica convertita in "ideologia".

Ogni *testo costituzionale* allude implicitamente a una *teoria della giustizia*, più o meno definita, che va plasmata nella pratica. Non ci sarà, pertanto, autentica protezione giuridica dei diritti umani senza una chiara delineazione della teoria della giustizia che le serve da fondamento. La difficoltà di trovare punti fermi in una così delicata operazione deve spingere a realizzarla con peculiare *trasparenza*, aprendola così alla critica e al dibattito, e non a mascherarla irresponsabilmente con circonlocuzioni o rinvii procedurali. Sarà sempre più necessario spiegare all'opinione pubblica le valutazioni di base che animano l'interpretazione costituzionale piuttosto che arrendersi a chi governa la comunicazione sociale, accettando tacitamente topici vigenti. Il valore della *dottrina giurisprudenziale* consolidata, come paradigma di soluzioni future, può assumere in ogni caso il ruolo moderatore della tradizione come sapere depositato, circoscrivendo realtà tanto decisive.

---

sua conformità alla Costituzione». – STC 81.1982 del 21 dicembre, F.2; "BJC", 21, 1983, p. 71.

<sup>22</sup> Di ciò abbiamo trattato in *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía*, in "Persona y Derecho", 22, 1990, pp. 159-179.

#### 4. LE FRONTIERE ATTUALI DELLA LOTTA PER I DIRITTI UMANI

Dopo quanto detto, non sembra azzardato osservare che il contributo più effettivo alla protezione dei diritti umani consisterebbe nell'approfondimento della *ricerca filosofica* capace di fornire loro il fondamento indispensabile. La lacerante sfasatura tra le esigenze etiche indiscusse e l'incapacità del pensiero di offrirle protezione costituisce, senza dubbio, uno degli aspetti di maggior povertà della situazione storica attuale.

Se alla filosofia del diritto si è venuta attribuendo – interrogandosi sul suo significato attuale – la funzione di istanza critica del processo di positivizzazione del diritto, ci si dovrebbe impegnare con un'attenzione particolare nello spiegare le chiavi etiche che sono realmente alla base dello sviluppo dei testi costituzionali, specialmente da parte del loro massimo interprete. Rendere trasparente il modello d'uomo e di società che stanno in realtà a suo fondamento e denunciare i tentativi "ideologici" di giustificare la negazione dell'umano, sottomettendoli a topici manipolati o a pretesi imperativi di ragion di Stato, devono formare parte essenziale dei suoi compiti.

Inevitabilmente, l'assenza di una filosofia capace di prendere sul serio i diritti umani priva i cittadini di un elemento decisivo d'illuminismo, nel momento stesso in cui colloca – paradossalmente – in una *opinione pubblica* così depauperata il *centro di gravità* della loro possibile protezione. L'effettiva gravitazione attorno alla propria giurisprudenza costituzionale degli atteggiamenti maggioritari nei mezzi di comunicazione non sfuggirebbe alla più elementare analisi sociologica. Ciò non fa altro che spronare coloro che si preoccupano della tutela dei diritti umani a una decisa partecipazione nelle loro quotidiane attività; sul piano della società civile, non sarebbe mai tanto inaccettabile un silenzio conformista quanto in un momento di vuoto filosofico. Contribuire alla formazione dell'opinione pubblica intorno ai valori umani fondamentali sarebbe il miglior contributo per evitare una frattura pratica di questa chiave fondamentale del modello democratico moderno.

In questo contesto, l'appello a *consensi di fatto* immediati – inevitabilmente fondati sull'opinione comune vigente – cagionerebbe una gravitazione socialmente reazionaria. Immersi in società che – se non rinunciano ad essere umane – dovranno essere sempre più pluralistiche, il ricorso a topici particolaristici vincolati ad una unità sociale sempre più fittizia dovrà essere sostituito da uno sforzo per penetrare l'*universale*. Se secoli orsono fu un contributo decisivo

per la convivenza internazionale l'approfondimento di un diritto delle genti, capace di salvaguardare frontiere, sembra oggi ineludibile apprestarsi ad una simile operazione senza uscire da esse; soltanto così si potrebbe evitare un incistamento che frantumi comunità politiche di consistenza reale meno solide di ciò che comunemente si pensa. Paradossalmente, solo un forte desiderio di svelare il fondamento dell'umano potrà difenderci da particolarismi fondamentalisti<sup>23</sup>.

Di fronte all'insufficienza di una attività giuridica intesa come mera sottomissione del decisionismo arbitrario a un formale controllo procedimentale, è necessario *recuperare* la *dimensione giudiziaria* al di là dello stesso ambito giuridico. In un contesto filosofico che invita alla perplessità, si fa improrogabile lo sforzo per ottenere che la società superi il giudizio. Il disegno della perfetta teoria della giustizia può forse aspettare, ma non la lotta quotidiana contro l'ingiustizia. Tener desta l'attenzione di fronte a tutto ciò che significhi un'offesa dell'umano sarebbe oggi l'impegno di una filosofia pratica per antonomasia.

---

<sup>23</sup> Al riguardo, il nostro lavoro *Verdad y consenso democrático*, in *Estudios sobre la encíclica "Centesimus annus"*, Unión Editorial, Madrid 1993, pp. 295-321, specialmente pp. 303-306.

# Pluralità delle culture e universalità dei diritti

*Studi raccolti da* Francesco D'Agostino



G. Giappichelli Editore – Torino

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	
Francesco D'Agostino	1
<i>Prolusione</i>	
Torre di Babele e universalità del diritto	
Pietro Prini	7

## RELAZIONI

Pluralità delle culture e universalità dei diritti dell'uomo. Prospettive teologiche	
Francesco Compagnoni	21
Pluralità delle culture e universalità dei diritti	
Francesco D'Agostino	33
Identità religiosa, comunità politica e diritto	
Giuseppe Dalla Torre	51
La tutela delle minoranze come problema etico	
Letizia Gianformaggio	68
Universalità dei diritti di quale uomo?	
Luigi Lombardi Vallauri	79

	<i>pag.</i>
Soggetto e pluralità delle culture giuridiche Bruno Montanari	87
Analogia del soggetto, analogia dei diritti Marco M. Olivetti	99
Controllo costituzionale, sviluppo legislativo e dimensione giudiziale della tutela dei diritti umani Andrés Ollero	109
Universalità e diversità dell'esperienza familiare. I sistemi di parentela Antonio Moreno e Pedro-Juan Viladrich	123
Identità personale e collettiva nella politica della differenza Francesco Viola	146

### COMUNICAZIONI

Il fondamento filosofico del nazionalismo tedesco nel pensiero di J.G. Fichte Salvatore Azzaro	175
Pluralismo culturale e universalità dei diritti tra realtà e utopia Anna Maria Campanale	184
Il fondamento dell'universalità dei diritti umani in Jacques Maritain Michele Cascavilla	192
Tolleranza, diritti universali e paradossi dell'autoriferimento Bruno Celano	201

Naturalità del diritto e universali giuridici

Giovanni Cosi

*pag.*

228

Matrici puritane dell'idea di diritti dell'uomo in America

Gabriella Cotta

252

I conflitti normativi e l'etica del discorso

Enrico Diciotti

284

Il "divino" nell'uomo

M. Gabriella Esposito

312

Mondo-della-vita ed universalizzazione

nell'ultima opera di Husserl

Daniela Falcioni

321

Possono le teorie giuridiche pluralistiche essere  
universalmente fondate?

Giovanni Incorvati

329

Note per una bioetica transculturale

Laura Palazzani

333

Storicità delle culture e riconoscimento intersoggettivo

Baldassare Pastore

341

Dimensione transculturale dei fenomeni giuridici  
nella ricerca antropologica

Lorenzo Scillitani

357