

La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani¹

di Marta CARTABIA
Università di Milano-Bicocca

Introduzione: dal “patriottismo costituzionale” all’universalità dei diritti umani.

Se c'è una parte della Costituzione italiana volutamente posta al riparo da troppo rapidi cambiamenti ed improvvise trasformazioni è quella dedicata ai diritti fondamentali. In essa sono contenuti i valori fondanti dell'intero ordine sociale, destinati a durare, cosicché nessuno dei vari tentativi di riforma costituzionale, che si sono susseguiti ad ondate ripetute sin dagli anni ottanta, ha mai osato mettere in discussione il perdurante valore della prima parte della Costituzione, dedicata appunto ai diritti e ai doveri dei cittadini.

Dottrine come quella dei limiti impliciti alla revisione costituzionale e, per altri aspetti, quella dei “controlimiti” alle limitazioni di sovranità vorrebbero assicurare una speciale forma di protezione ai diritti e ai valori fondamentali, sottraendoli alla disponibilità di qualsivoglia potere costituito².

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

¹ E' il testo rivisto e integrato della relazione su *La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali* letta al Convegno della Accademia dei Lincei su *La Costituzione italiana 60 anni dopo* (Roma, 28-29 febbraio 2008)

² Corte costituzionale sent. 1146 del 1988.

nella dottrina fino ad anni assai recenti³ – intendeva proteggere da influenze indirette i valori costituzionali fondamentali: riconoscere nuovi diritti comporta 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.

L'idea implicita è, per dirla con una nota espressione di Habermas, quella del "patriottismo costituzionale".

Fino agli anni '90 del secolo scorso l'opinione prevalente era che nei diritti fondamentali e nei valori costituzionali si riflettesse l'identità, l'autopercezione e la cultura di un popolo⁵. Garantire una protezione particolarmente rinforzata ai diritti fondamentali contro ogni tentativo di modifica 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. Agli albori della globalizzazione, i diritti fondamentali inviolabili e le loro speciali garanzie si presentavano dotati almeno di una triplice valenza: sul piano individuale, garantivano la centralità della persona di fronte ad ogni forma di potere; sul piano ordinamentale interno, valevano a salvaguardare la continuità dell'ordinamento a fronte dell'alternarsi degli orientamenti politici e dei cambiamenti di indirizzo politico delle maggioranze al governo; nei rapporti esterni, europei e internazionali, essi costituivano una zona impenetrabile, deposito dei tratti fondamentali della cultura di

³ In tale dibattito per molto tempo l'unica voce dissenziente è stata quella di A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975; si veda ora del medesimo Autore, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 19 ss.

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

⁵ 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.

un popolo, da preservarsi di fronte alla internazionalizzazione e alla globalizzazione.

Considerando queste dottrine isolatamente e in concorso fra loro, l'aspettativa è che 60 anni dopo la Costituzione dei diritti sia rimasta inalterata, preservando intatto il patrimonio di diritti, principi e valori consegnatoci dal costituente.

In effetti il testo, in questa parte dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini, non ha subito modificazioni significative, né si avverte l'esigenza di un suo ammodernamento. Eppure ad uno sguardo un poco più attento, mentre sul piano teorico seguitano a rimanere saldamente in auge le dottrine sopra richiamate, volte a custodire inviolata la prima parte della Costituzione, alcuni fattori agiscono 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.

Il riferimento non è tanto al naturale sviluppo giurisprudenziale dei valori costituzionali ad opera del loro interprete privilegiato – la Corte costituzionale – e degli altri giudici. Il riferimento è piuttosto ad 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.

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 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 relegare il sistema convenzionale nell'angusto ruolo della 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 n. 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 della Corte costituzionale del 2007, il panorama della giurisprudenza italiana sui rapporti tra fonti interne e Convenzione europea si presentava confuso e

⁶ Tra i casi più recenti si vedano Corte di appello di Firenze, sez. I civile, 27 febbraio 2005, n. 570/2005 in materia di occupazione acquisitiva; Corte di appello di Firenze, sez. I civile, 14 luglio 2006, 1402/2006, in materia di indennità di esproprio: entrambe disapplicano i criteri stabiliti dalla legislazione italiana per far spazio a quelli stabiliti dalla Corte di Strasburgo. Si tratta solo di alcuni esempi su molti ormai rinvenibili nella giurisprudenza dei giudici di merito. 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

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 è nel corso degli anni '90 che la giurisprudenza costituzionale si arricchisce 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.

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*, Esi, Napoli, 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 e 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, p. 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.

Con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, la Corte ha segnato però una svolta significativa, che merita di essere sia pur sinteticamente segnalata. Benché diverse per oggetto e non del tutto sovrapponibili nei vari passaggi argomentativi, le due pronunce “gemelle” del 2007 fissano alcuni principi fondamentali che qui può essere utile sottolineare. In particolare vorrei soffermarmi sulla qualificazione della Cedu come fonte ordinaria e però dotata di copertura costituzionale in forza dell’art. 117, primo comma Cost. e sull’attrazione nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale di tutte le questioni di compatibilità tra le leggi interne e la Convenzione europea, che vale 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 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

¹⁰ Sul punto riassuntivamente C. Panara, *Il diritto internazionale nell’ordinamento interno: quid iuris?*, in www.federalismi.it 1/2007, spec. par. 7

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. Questo principio non intende mortificare l'operato dei giudici ordinari¹² 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

¹¹ Questo aspetto, che a me 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*, n www.federalismi.it

¹² Sottolinea l'importanza del ruolo dei giudici ordinari come diretti protagonisti dell'attuazione dei diritti nel sistema Cedu A. Bultrini, *Le sentenze 348 e 349 (2007) della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto comparato ed europeo*.

parte anche le Corti costituzionali e le Corti europee. Come hanno chiarito di recente alcuni importanti contributi¹³, 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. Bisogna uscire dalla pura logica delle fonti¹⁴ e occorre abbracciare la logica dell'armonizzazione, dell'interpretazione, dei bilanciamenti, fin dove è possibile. 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 interno.

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 intessono 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 costituzionale¹⁵. La linea seguita dalla Corte costituzionale nei rapporti con la Convenzione europea ad opera delle sentt. nn. 348 e 349 potrebbe contrastare tale deriva,

¹³ A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione C.S.M., 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*, <http://.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf>

¹⁴ In questo senso si vedano anche le osservazioni di A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale e astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it, che critica le sentenze qui in commento perché troppo schiacciate su una impostazione logico formale, tipica delle fonti del diritto.

¹⁵ 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 e A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.* 2002, 4477 ss.

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. Attraverso le sentt. nn. 348 e 349 la Corte costituzionale ha irreversibilmente esposto la prima parte della Costituzione italiana e i diritti fondamentali in essa contenuti alle influenze della Cedu e più ancora alle interpretazioni della Corte di Strasburgo. E' 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. La Corte europea è un giudice del caso concreto, 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 dalle sentenze pronunciate nei confronti di altri Stati principi vincolanti anche per il legislatore italiano. 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 assunti¹⁶. Per questa loro valenza interpretativa, le decisioni della Corte europea hanno sicuramente effetti che superano il confine dello Stato

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

verso cui sono rivolte¹⁷. 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' 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, perché non è affatto detto che lo *standard* richiesto, per esemplificare, alla Polonia o alla Russia o alla Turchia o a qualunque altro dei 47 Stati membri sia applicabile anche in casi analoghi provenienti dall'ordinamento italiano.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale si riserva di valutare, prima di procedere all'applicazione dei principi formulati dalla Corte di Strasburgo, la loro compatibilità con la Costituzione italiana – si noti: l'intero complesso della Costituzione italiana e non solo i suoi principi supremi e fondamentali, tiene la Corte a sottolineare – e nel caso in cui ne emerga un conflitto con le norme costituzionali interne, la Corte si dichiara pronta a pronunciare l'"inidoneità" del principio convenzionale ad integrare il parametro di costituzionalità e ad espungerlo dall'ordinamento italiano. Tuttavia, è chiaro che grazie alle potenzialità dell'interpretazione in riferimento ai 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 costituzionali sarà sempre più intensamente rimodulato in base agli orientamenti elaborati a Strasburgo e l'intero disegno complessivo della parte prima della Costituzione si trasfigurerà gradualmente sotto l'influsso della cultura dominante nelle istituzioni europee.

2. L'Unione europea

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

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*¹⁸, 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 sessanta 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. Inoltre, è certamente da ricollegare all'approvazione della Carta l'istituzione della Agenzia per i diritti fondamentali¹⁹, avvenuta all'inizio del 2007, un organismo chiamato a monitorare lo stato di salute dei diritti fondamentali nell'Unione europea e ad operare con strumenti di cd. "*soft law*"²⁰, quali la produzione di rapporti generali e tematici, l'identificazione delle *best practices* e altri ancora la cui efficacia, benché non giuridicamente vincolante, non è da sottovalutare. Se ancora è troppo presto per apprezzare l'efficacia della *policy* dei diritti fondamentali²¹ condotta dalla Agenzia di Vienna, non mancano invece sufficienti elementi

¹⁸ 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.

¹⁹ Regolamento del Consiglio 15 febbraio 2007, n. 168/2007.

²⁰ Su questi aspetti e sull'ambito di azione dell'Agenzia dei diritti fondamentali si veda A. Von Bogdandy, *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship*, Jean Monnet Working Paper 13/07, www.jeanmonnetprogram.org

²¹ La necessità di una vera e propria *policy* dei diritti fondamentali, condotta da una apposita struttura burocratica, dotata di un proprio bilancio e mezzi di azione preventivi era stata lanciata per la prima volta da P. Alston e J.H.H. Weiler, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, in P. Alston (ed), *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 3 ss.

per valutare l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali e per segnalarne le principali linee di tendenza.

E' ampiamente noto che la giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali ha conosciuto diverse fasi e diverse stagioni. Oggi siamo di fronte certamente ad una stagione molto fiorente dei diritti fondamentali nell'Unione europea, con una significativa tendenza espansiva anche negli ambiti di competenza degli Stati membri.

I diritti fondamentali nell'Unione europea non avrebbero dovuto rimpiazzare 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*²².

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 Wachauf²³ – 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

²² Su questo punto v. J.H.H. Weiler, *The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member States Action*, in F. Capotorti e altri (a cura di), *Du droit international au droit de l'integration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, 821 ss.; J. Temple Lang, *The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles*, in *Legal Issues of European Integration*, 1991/2, 23ss. e K. Lenaerts, *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, 1 ss.

²³ ...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.

pubblico per limitare una libertà di circolazione – la cosiddetta linea ERT²⁴. 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 1985²⁵ e ribadito più recentemente nel caso Viajnaj del 2005²⁶.

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*²⁷. 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.

Naturalmente non è questa la sede per condurre una disamina approfondita della giurisprudenza europea in materia di diritti fondamentali²⁸. Basti qui segnalare che molti sono i casi in cui si può notare una accresciuta attenzione ai diritti fondamentali, che rende la Corte di giustizia capace di sacrificare ad esempio le libertà economiche del mercato per garantire i diritti civili dei cittadini, come ad esempio la libertà di espressione e di associazione²⁹, o per proteggere la dignità umana³⁰. Significativa è anche la serie di decisioni sul terrorismo³¹, in cui

²⁴ Decisione 18 giugno 1991, causa C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi

²⁵ Corte di giustizia, decisione 11 luglio 1985, cause 60 e 61/84, Cinéthèque.

²⁶ Corte di giustizia, ordinanza C-328/04, Attila Vajnai.

²⁷ B. De Witte, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. Alston ed., *The EU and Human Rights*, cit., p. 873.

²⁸ 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*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 11 ss.

²⁹ Corte di giustizia, decisione 12 giugno 2003, C-112/00, Schmidberger.

³⁰ Corte di giustizia, decisione 14 ottobre 2004, C-36/02, Omega.

³¹ Sentenza del Tribunale 21 settembre 2005, causa T-306/01, Yusuf; sentenza del tribunale 21 settembre 2005, causa T-315/01, Kadi.; sentenza del tribunale 12 giugno 2006, T-253/02, Ayadi; sentenza del tribunale 12 giugno 2006, T-49/04, Hassan.; Sentenza del Tribunale 12 dicembre 2006, causa T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran.

si può notare una progressiva evoluzione verso un maggior rispetto per i diritti dei presunti terroristi, inizialmente del tutto sacrificati alla luce delle esigenze della sicurezza, a causa dell'emergenza internazionale. Molto attente ai diritti fondamentali sono anche tutte le sentenze sulla cittadinanza europea³² e sul lavoratore migrante³³, dirette per vari aspetti ad accrescere il patrimonio dei diritti dei singoli, cumulando quelli garantiti nell'ordinamento di partenza e in quello di residenza.

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 giustizia.

Se per molti aspetti questa tendenza non può che recare benefici, per quanto riguarda la definizione dei "confini" della tutela europea e dei rapporti tra la Carta e le Costituzioni nazionali possono, invece, sorgere maggiori problemi. 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.³⁴ e Richards³⁵, 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

³² Si veda emblematicamente Corte di giustizia, sentenza 19 ottobre 2004, C-200/02, Chen

³³ Si veda emblematicamente Corte di giustizia, sentenza 2 ottobre 2003, C-148/02, Garcia Avello

³⁴ Decisione 7 gennaio 2004, C-117/01, K.B.

³⁵ Decisione 26 aprile 2006, C-423/04, Richards

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.

E' 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 svolgersi³⁶. Come era stato acutamente 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 comunitario³⁷.

Non è neppure necessario esplicitare che tanto più tale tendenza all'accentramento della tutela dei diritti a livello europeo si consoliderà

³⁶ 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, 97-98

³⁷ F. G. Jacobs, *European Convention of Human Rights, The EU Charter on fundamental Rights and the European Court of Justice*, in www.ecln.net

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”³⁸, 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 Zagrebelsky,³⁹ 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. A fronte della tendenza alla universalizzazione del diritto, l'attività giurisdizionale non può rimanere insensibile allo sviluppo della dimensione giuridica dai territori alla terra. In particolare, i giudici costituzionali di tutto il mondo incontrano problemi simili soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali. E' in questi ambiti che il dialogo giurisdizionale transnazionale si è sviluppato al punto che alcune Costituzioni contemporanee, come quella del Sud Africa, consentono esplicitamente alla Corte suprema di prendere in considerazione la

³⁸ M. Cartabia e J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 221.

³⁹ 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, p. 1, ora Id., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2006, pp. 297 ss.

“foreign law” nell’interpretazione della Carta dei diritti⁴⁰. Vi è una naturale dimensione universale dei diritti fondamentali, cosicchè “le norme della Costituzione, per esempio in tema di dignità e uguaglianza di ogni essere umano e di diritti fondamentali, aspirano all’universalità”⁴¹. 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 mi 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, riguarda il cd. “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

⁴⁰ Costituzione Sud Africa (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-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.* 2007, 479 ss.

⁴¹ G. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le costituzioni democratiche, l’interdipendenza e l’invisibilità dei giudici costituzionali*, cit. p. 4.

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"⁴², 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 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 legislatore⁴³ in senso contrario al riconoscimento del "nuovo diritto".

Ancora più ampi sono i riferimenti alla giurisprudenza di altre corti, costituzionali e supreme, nel caso Englaro⁴⁴. 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

⁴² La sentenza della Corte di cass., sez. terza civile, 29 luglio 2004, n. 14488 è poi stata confermata su questo punto da una successiva sentenza della Cass, sez. terza civile, del 14 luglio 2006, n. 16123

⁴³ Corte di cass., sez. terza civile, 29 luglio 2004, n. 14488 ricorda che "La Corte di Cassazione francese (assemblea plenaria), nel celebre arret 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 impedirono 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 é intervenuto il legislatore con la legge n. 303/2002, che ha statuito che nulla può essere richiesto dall'handicappato per il solo fatto della nascita".

⁴⁴ Corte di cass. Sez. I civile, 16 ottobre 2007, n. 21748.

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 rinvencono lungo tutto il corso dell'ampia motivazione. Si cita il codice 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.

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 ad 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* – “do not impose foreign law on Americans”⁴⁵ - , e il secondo decisamente aperto alle influenze esterne, al punto da arrivare

⁴⁵ Così A. Scalia in www.taemag.com

a menzionare in una *separate opinion* una decisione della Corte suprema dello Zimbabwe⁴⁶.

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 2003⁴⁷ 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 2005⁴⁸ 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 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. E' 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 non ha equivalenti, fino al

⁴⁶ 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, Jan 13 2005, www.american.edu/media

⁴⁷ 539 U.S. 558 (2003)

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

punto da consentire la cruenta prassi della *partial birth*⁴⁹ fino ad anni recentissimi. O ancora, la medesima anomalia americana si incontra a riguardo della rigidissima 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. La scelta 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 decisionmaking, but sophistry"*.

Nella medesima decisione sulla pena di morte anche il Justice O'Connor, non contraria per principio al richiamo al diritto internazionale e comparato, critica fortemente l'opinione della Corte perché 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

⁴⁹ Si veda la decisione della Corte suprema USA 18 aprile 2007 *Gonzales v. Carhart*.

conoscere gli standards internazionali di tutela dei diritti⁵⁰, 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 mercè 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 strumento per la ricerca di uno standard comune rischia di reintrodurre un nuovo principio maggioritario o del consenso, proiettato questa volta su scala internazionale⁵¹.

Infine, come vorrei cercare di dimostrare nelle considerazioni finali, l'uso indiscriminato del diritto comparato in materia di diritti fondamentali può appiattare 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 standards generali e universali dei diritti, che devono rimanere confinati agli elementi basilari imprescindibili per il rispetto della 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

⁵⁰ 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, p.217 ss.

⁵¹ Si tratterebbe di una nuova, e forse assai più rozza, forma di positivismo dei diritti fondamentali, come osserva P.G. Carozza, op. 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.

tecnica di giustificazione di decisioni già prese, ma fosse finalizzata ad arricchire l'argomentazione razionale e giuridica.

PARTE II

Le nuove sfide dei diritti fondamentali

a. Universalità dei diritti umani e multiculturalismo

Le trasformazioni nella tutela dei diritti fondamentali, qui sommariamente e solo parzialmente tratteggiate, denotano una irresistibile attrazione dei diritti fondamentali oltre i confini della singola costituzionale 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 '60⁵². 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 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

⁵² A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2005, 15 ss.

cosmopolitico”⁵³. 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 la moratoria sulla pena di morte, i diritti delle generazioni future, 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 stata accompagnata 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. Per restare nell’ambito delle riflessioni nostrane, lo stesso Norberto Bobbio che auspica l’avanzare dell’età dei diritti sul piano universale, denuncia contemporaneamente “l’illusione del fondamento assoluto” dei diritti fondamentali⁵⁴, dal momento che “non si vede come si possa dare un fondamento assoluto di diritti storicamente relativi”, variabili di luogo in luogo e di tempo in tempo. 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 storica”⁵⁵.

Tuttavia, lungo il secolo XX mentre le manifestazioni giuridiche più appariscenti segnavano il vittorioso affermarsi dell’universalismo,

⁵³ N. Bobbio, *L’Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, XII

⁵⁴ Ivi, 6

⁵⁵ G. Capograssi, *Opere*, vol V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 8. La stessa chiarezza che emerge nei lavori preparatori alla Costituzione italiana, quando si discuteva del futuro art. 2 della Costituzione, dell’anteriorità dei diritti umani rispetto allo stato e ad ogni fonte di potere, sola garanzia della inviolabilità degli stessi.

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 procedurale⁵⁶.

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'imperialismo occidentale che – per le riflessioni che qui interessano – sotto il seducente abito dei diritti umani mortifica ogni espressione culturale non riconducibile a quella sviluppatasi sulle due sponde dell'Atlantico. In questa chiave si può comprendere 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 ancora⁵⁷.

Un'accusa che, 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'Autrice⁵⁸, le istituzioni dei diritti fondamentali facenti capo all'ONU hanno tradito lo spirito della

⁵⁶ Si veda sul punto il dibattito tra J. Habermas, e Ch. Taylor, *Multiculturalismo – lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2002.

⁵⁷ 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*, p. 1 ss.

⁵⁸ M. A. Glendon, *Human Rights at the Dawn of the Third Millennium*, Treviso, 17 gennaio 2006.

Dichiarazione universale⁵⁹ 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 diritti⁶⁰, 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 sociali. 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 *inconfrontabilità* 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 *telos* della storia universale –, che ha dominato incontrastata la scena filosofica europea nella seconda metà del secolo appena trascorso."⁶¹

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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, 2007, p. 90 ss.

⁶¹ C. Di Martino, *La convivenza tra culture*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., p. 491 ss.

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, mutano" ⁶².

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 pluralismo⁶³. Come bene ha messo in evidenza Philip Alston⁶⁴, 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

⁶² F. Viola, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Giappichelli, Torino 1989, p. 157.

⁶³ P. G. Carozza, *Uses and misuses of comparative law in international human rights*, in *Notre Dame Law Review*, 1998, 1235.

⁶⁴ P. Alston, *The Universal Declaration at 35: Western and Passé or Alive and Universal*, in *International Commission of Jurists Review*, July, 1983, 60 ss.

contrapposizione era tra la visione individualista – libertaria di cui erano portatori i paesi occidentali e la cultura collettivistica marxista che intendeva privilegiare la 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 fundamentalmente dalla misura in cui la cultura della dignità umana si svilupperà"⁶⁵.

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 *inconfrontabilità* 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 comune europeo* dei diritti o di un patrimonio costituzionale

⁶⁵ 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., p. 73 ss.

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 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, tanto caro alle 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 premettente.

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?"⁶⁶

In queste poche righe mi pare si utilizzino alcune idee, o se volete 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.

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*

⁶⁶ C. Di Martino, *La convivenza tra culture*, cit., p. 495.

*publicum europeum*⁶⁷ 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”⁶⁸.

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 particolare⁶⁹. 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 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

⁶⁷ G. Silvestri, *Verso uno jus commune europeum dei diritti fondamentali*, in Quaderni costituzionali 2006, p. 7 ss.

⁶⁸ Ch. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, Ch. Taylor, *Multiculturalismo*, cit. p. 30

⁶⁹ M. Walzer, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni, universalismo*, Dedalo, Bari 1999, p. 20 ss.

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 o 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*⁷⁰, 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. Altrove si è parlato, in termini analoghi, di *juristocracy*⁷¹, per sottolineare la tendenza un po' aristocratica di individuare nelle aule giudiziarie le sedi più appropriate per le decisioni sui diritti fondamentali⁷².

⁷⁰ In *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

⁷¹ R. Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (USA), 2004, 12 ss.

⁷² Su questi temi, sul ruolo delle istituzioni politiche, anche locali, nello sviluppo dei diritti fondamentali si veda P. Carozza, *Human Rights, The "Art" of*

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.

c) Il terzo ambito in cui il criterio della soglia 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 multilivello 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

Democracy and the "Taste for Local Freedom", Milano, 14 Dicembre 2007, Corso di Alta formazione, *La sostenibilità della democrazia nel XXI secolo*.

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 rilievo⁷³, 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 menzione⁷⁴. 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 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

⁷³ P.G. Carozza, *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in *Europa e Costituzione*, a cura di P.G. Grasso, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005, 129 ss.

⁷⁴ 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.

specificarne il contenuto in modo soddisfacente e duraturo. A mia conoscenza nessun giudice costituzionale che abbia affermato la dottrina dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, l'inviolabilità dei diritti fondamentali o la dottrina dei controlimiti si è mai avventurato nell'impresa di fornire un elenco, un catalogo, una identificazione e tanto meno una definizione di tali valori assoluti. E quando in ambito sopranazionale o internazionale si è giunti al momento della scrittura dei diritti, il testo ottenuto è rimasto inevitabilmente vago ed indeterminato, in definitiva una tappa intermedia che rimanda al futuro interprete la determinazione dei contenuti dei singoli diritti. Tanto più ampia è la proiezione geografica del *Bill of rights*, tanto più indeterminato è il linguaggio utilizzato. Basterebbe uno sguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla Convenzione europea dei diritti umani, alla Dichiarazione universale e agli altri documenti internazionali per avvedersi di tale relazione tra ampiezza della proiezione geografica e indeterminazione del linguaggio. Così, neppure la scrittura della tavola dei diritti risolve tutto il problema. Persino quella straordinaria e irripetibile impresa che è stata la scrittura della dichiarazione universale dei diritti umani è in qualche misura in un lavoro incompiuto, *an unfinished business*⁷⁵.

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 è, invece, 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

⁷⁵ M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, cit., p. 79.

senza l'uomo anzi, non esiste senza *l'homme situé*, come direbbe Burdeau, che vive a una data latitudine, in una certa epoca storica, in un determinato contesto sociale, politico e culturale. E' osservando l'uomini e 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 storia.

Può essere utile, per comprendere questa dinamica, il rapporto tra cittadinanza specifica e cittadinanza cosmopolitica che Martha Nussbaum rielabora prendendo spunto dalla classicità: "gli stoici [...] argomentano che ognuno di noi vive in due diverse comunità: la comunità locale alla quale appartiene dalla nascita e la comunità che aspira ad allargarsi a tutta

l'umanità, la sola ad essere importante e veramente comune. E' quest'ultimo genere di comunità che si rivela la fonte primaria dei nostri obblighi morali e sociali. Rispettando valori universali come la giustizia dovremmo considerare tutti gli esseri umani come concittadini”⁷⁶. E ancora, riprendendo alcuni passi di Seneca, la nostra Autrice continua: “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”⁷⁷. 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. E' 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.

Ma 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

⁷⁶ M. Nussbaum, *Coltivare l'umanità*, Carocci, Roma, 1999, p. 67

⁷⁷ Id., p. 75.

descrizione, *una giustapposizione senza incontro*. L'osservazione descrittiva è solo un primo passo, di per se 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 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"⁷⁸. 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. E' 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"⁷⁹. 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 partecipante della medesima dignità umana e in questo tentativo il principale alleato è la ragione.

⁷⁸ M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, cit., 137.

⁷⁹ M. Nussbaum, *Coltivare l'umanità*, cit. p. 80 e pp. 74 e 75.

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 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 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 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 straniera⁸⁰.

⁸⁰ A. Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, n. 2 of 2007.

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.

Il valore dell'incontro tra diverse esperienze storiche non è quello della circolazione dei modelli culturali la cui meta sia la contaminazione e l'ibridazione tra diverse tradizioni giuridiche, la nascita di nuovi meticcianti giuridici, originati, per dirla con una famosa espressione di Gadamer, dalla fusione degli orizzonti culturali. 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.

L'obiettivo della comparazione e dell'osservazione delle esperienze altre non è neppure la 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 misurano il consenso secondo il principio di maggioranza, sempre ammesso che tale procedure possano essere adeguate per l'attività giurisdizionale, che per sua natura sul terreno dei diritti è caratterizzata da una logica *countermajoritarian*.

La comparazione 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.

Viceversa, 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 arricchimento delle ragioni che sostengono l'una o l'altra delle soluzioni possibili.

In altre parole, come è stato efficacemente suggerito⁸¹ altro è la *comparazione probatoria*, in cui ci si rivolge al diritto comparato solo per avere ulteriori conferme della decisione già presa in base ad altre considerazioni. La comparazione probatoria importa soluzioni acriticamente. E' 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 una 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 omologazione culturale, in cui le singole tradizioni e gli stessi principi universali sono alla mercè della cultura dominante;

⁸¹ A. Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., 485.

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.

Conclusione

Torniamo ora, per un momento, al punto di partenza. Che cosa può voler dire oggi preservare l'inviolabilità della Costituzione dei diritti? Nei nuovi scenari del costituzionalismo globale che cosa può significare proteggere e garantire i valori contenuti nella prima parte della Costituzione italiana?

Se fino ad oggi può essere stata efficace e sufficiente una strategia "difensiva" della Costituzione, tutta tesa a creare principi protettivi e protezionistici del patrimonio costituzionale interno, oggi ben diverso è il ruolo che la Costituzione italiana e la cultura costituzionale di cui è intrisa potrebbero essere chiamate a svolgere.

La Costituzione italiana, se paragonata ad altre Carte dei diritti, presenta indiscutibilmente una originalità culturale, che nel linguaggio a noi più familiare viene tradizionalmente definita in termini di personalismo e pluralismo, e nel linguaggio internazionale sarebbe tradotto in termini di interpretazione dignitaria dei diritti, incentrata sulla "persona", un essere umano concreto, un "io" che scaturisce da un "noi". E' una tradizione in cui i diritti sono oltre che inviolabili, anche indivisibili, in cui vi è spazio per i limiti a tali diritti, perché essi formano un tutt'uno, e vanno bilanciati l'uno con l'altro. E' una tradizione in cui alcuni diritti hanno l'ambivalente natura di "diritti-doveri", come quelli dei genitori di educare i figli.

Questa tradizione, improntata al personalismo cattolico, non domina oggi né la scena internazionale né quella europea. Vincente nelle istituzioni internazionali è piuttosto l'interpretazione individualistica e libertaria dei diritti, la cui visione antropologica sottostante è un io

svincolato da legami sociali, da gruppi, da società intermedie. E' un io astratto, privo della sua naturale dimensione sociale. E' una tradizione in cui i diritti sono letti separatamente l'uno dall'altro e tendenzialmente sono tirannici, assoluti.

Vi è una tensione che attraversa l'attuale stagione dei diritti umani, come bene ha evidenziato Chabod, "la cultura contemporanea dei diritti dell'uomo non si alimenta soltanto all'ispirazione cristiana. Essa deriva anche dal progetto di autonomia assoluta del soggetto umano creato dalla modernità e sfociante nell'individualismo edonista. L'attuale convergenza sui diritti fondamentali si alimenta di questo dualismo antagonista. La matrice antropologica cristiana – anche laicizzata – che ha fortemente ispirato i documenti della metà del XX secolo tende a lasciar posto ad un'altra lettura, quella che in nome della libertà, erige in assoluto l'ego dell'essere umano, ridotto a capacità di godere dei beni materiali senza altro freno che l'utilità sociale"⁸².

In questo scenario la Costituzione italiana potrebbe svolgere un ruolo fondamentale, in quanto portatrice di una tradizione, di una cultura originale e complementare rispetto a quella dominante, in cui potrebbero riconoscersi anche molte altre culture e tradizioni, come già è accaduto in altri momenti della storia, quando il personalismo elaborato e portato all'ONU da Jacques Maritain ha permesso l'incontro delle culture arabe e collettivistica con quella occidentale, grazie anche ai decisivi interventi del libanese Charles Malik, decisivi per giungere alla scrittura e alla approvazione della Dichiarazione universale⁸³.

Ma perché questo accada non basta che il testo della Costituzione rimanga invariato. Occorrono *soggetti* – uomini e donne, politici, giudici, gruppi sociali – consapevoli della ricchezza che il nostro 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.

⁸² J.L. Chabod, *L'Unione Europea e i diritti dell'Uomo*, in *La società*, n. 2001, p. 40

⁸³ M.A. Glendon, *A World Made New*, cit.