

Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi

1.- *Considerazioni introduttive.* 2.- *I diritti fondamentali tra nazionalismo e cosmopolitismo.* 3.- *Segue: Universalità e cittadinanza.* 4.- *Segue: Insufficienze dei criteri di definizione.* 5.- *La soluzione delle antinomie. L'uomo quale principio comune ai diritti fondamentali.* 6.- *Diritti fondamentali e diritto privato. Diversità e corrispondenze.* 7.- *Diritti fondamentali e categorie privatistiche.* 8.- *Una verifica in chiave comparatistica. Lo Human Rights Act, 1998 in Inghilterra.*

1.- *Considerazioni introduttive.*

I diritti fondamentali costituiscono un tema che bene si presta ad essere trattato in una molteplicità di contesti disciplinari. Di essi, infatti, si interessano i sociologi, i filosofi, gli antropologi e, naturalmente, i giuristi. Tra questi ultimi, in particolare, i filosofi del diritto, gli studiosi di diritto internazionale ed i cultori del diritto pubblico. Una certa timidezza, invece, sembra riscontrabile nell'approccio alla materia da parte di chi si occupa di diritto privato, la cui analisi spesso non riguarda le caratteristiche universali dei diritti in questione (¹), ma è circoscritta all'osservazione ed all'approfondimento dell'influenza di essi sui differenti istituti di diritto interno, anche attraverso l'interpretazione offerta dalle Corti internazionali. Il rischio di una siffatta impostazione di metodo, tuttavia, risiede nell'aprioristico consenso tributato dal privatista all'impianto concettuale proprio del suo contesto socio-culturale di riferimento, senza che sia prestata soverchia attenzione alle molteplici possibili opzioni, in ambiti geografici differenti, che attribuiscono connotazioni qualificative diverse al significato intrinseco di <<diritto dell'uomo>>. Rischio, questo, reso ancor più grave dall'attuale compresenza, in un medesimo territorio, di individui portatori di sensibilità culturali e tradizioni giuridiche molto distanti tra loro, anche – e soprattutto – in materia di diritti primari.

¹ P. Rescigno, discorrendo sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, afferma "il civilista deve confessare che ha ben poco da dire, e deve anzi manifestare la ragionevole impressione che un documento così importante nel panorama della cultura giuridica – anzi, nel panorama della cultura senza aggettivi – abbia avuto un'influenza scarsa sul diritto privato". (P. Rescigno, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 325).

Le superiori considerazioni, dunque, indirizzano verso un duplice compito. In via preliminare, allora, è opportuno procedere alla ricerca ed all'individuazione di quegli elementi che caratterizzano e che rendono uniformi le possibili differenti definizioni di diritti umani, al di là del loro indubbio carattere polisemantico e multiculturale. In un secondo tempo, una volta rintracciato un denominatore comune sul quale confrontarsi, sarà opportuno produrre una miscela tra questo e le categorie proprie del diritto privato, in modo da osservare le eventuali influenze reciproche e di procedere a modellare gli strumenti – di stampo civilistico – a tutela dei diritti dell'uomo, che prescindano dalle possibili differenze dovute al sostrato culturale ed all'appartenenza geografica del singolo.

L'obiettivo adesso enunciato sarà immediatamente perseguito, quindi, attraverso il tentativo – operato nei seguenti paragrafi – di ricondurre la ridondante definizione di <<diritti umani>> ad un nucleo essenziale, che permetta una *reductio ad unitatem* dei plurimi e variegati modi di intendere i diritti stessi, caratteristici di una molteplicità di contesti sociali e di tradizioni culturali.

2.- I diritti fondamentali tra nazionalismo e cosmopolitismo.

Uno dei temi di maggior rilievo da sottoporre ad indagine è, senza dubbio, rappresentato dalla individuazione del contenuto di quei diritti che sogliono definirsi fondamentali, tenendo ben presente come il risultato di tale ricerca possa essere differente a seconda che di essi si voglia offrire una definizione universalmente valida o, invece, limitata ad un singolo contesto socio-culturale.

In particolare, ci pare che siano essenzialmente due i caratteri discriminanti quando si tenta di stabilire il significato effettivo dei diritti umani: la *cittadinanza* – intesa come appartenenza politica ad una determinata collettività sociale, organizzata e stanziata in un territorio sovrano – e quell'ulteriore peculiarità distintiva che potremmo chiamare *identità culturale*, stabilita con essa una comunanza tra individui di sentimento filosofico, credenza religiosa e relativa concezione dell'uomo in una determinata epoca storica, differente rispetto a quanto ritenuto da ulteriori insiemi di persone.

Dal vario combinarsi di cittadinanza ed identità culturale dipende, quindi, una visione caleidoscopica e multiforme di ciò che può costituire, nella molteplicità di contesti di riferimento, il significato concreto di quel grande contenitore – come lo abbiamo denominato – rappresentato dall’amplessima ed indeterminata definizione di *diritti umani* ⁽²⁾. In altre – e più semplicisticamente espresse – parole, ciò che pare essere, in un dato ambito spaziale e culturale, una insopprimibile libertà individuale, potrebbe apparire come una intollerabile licenziosità al semplice mutare dei principi religiosi o legati alla tradizione.

La stessa esistenza di una serie di Carte dei Diritti, elaborate in differenti aree geografiche, pone “l’interrogativo se i diritti umani possano effettivamente considerarsi *diritti universali*, o se essi non vadano interpretati in misura e qualità diverse a seconda del contesto geo-politico-culturale nel quale vengono recepiti o attuati” ⁽³⁾. Una siffatta relatività concettuale – facilmente riscontrabile attraverso una gran copia di esemplificazioni ⁽⁴⁾ – potrebbe indurre, allora, alla seguente, secca alternativa il cui esito sarebbe, sosteniamo sin d’ora, del tutto insoddisfacente.

1) La prima delle possibili opzioni consiste in un atteggiamento mentale che potrebbe essere definito *a baricentro occidentale*, il cui fondamento consiste in un ragionamento siffatto: poiché l’Europa occidentale e l’America del nord possono vantare una sorta di primazia nella teorizzazione, nello sviluppo e nella cura dei diritti dell’uomo ⁽⁵⁾ – a fronte di una cronaca che riporta esempi sempre più frequenti di violazioni sistematiche di questi, perpetrate in aree del globo diverse da quelle – il modello giuridico elaborato in codesto ambito geografico

² Secondo M. Bovero (*Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, 2001, p. 241) “da quando è entrata nel parlare quotidiano, e non è molto tempo, [l’espressione diritti fondamentali] è divenuta veicolo di una nozione vaga e imprecisa, tanto ambigua quanto predisposta ad usi retorici polivalenti e divergenti (come quelli dei cattolici e dei laici)”.

³ C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2003, p. 193.

⁴ Gli esempi possono, naturalmente, essere variegati e molteplici. Si ponga mente, ad esempio, alla ripugnanza sociale che potrebbe suscitare, nell’epoca attuale, quella famiglia europea occidentale che imponesse, fin dalla nascita, un determinato coniuge alla prole quando, invece, tale costume continua ad essere vissuto come un insopprimibile diritto in una molteplicità di contesti culturali extraeuropei. A tal proposito, ci piace ricordare un passo di Erodoto che illustra una sorta di relativismo culturale *ante litteram* “Durante il suo regno, Dario convocò i Greci presenti al suo seguito e chiese loro in cambio di quali ricchezze avrebbero accettato di mangiare i padri morti: i Greci risposero che non l'avrebbero fatto a nessun prezzo. Dario, quindi, convocati gli indiani chiamati Callati - quelli che mangiano i genitori -, alla presenza dei Greci che comprendevano quanto veniva detto attraverso un interprete, chiese loro in cambio di quali ricchezze avrebbero accettato di bruciare con il fuoco i padri morti. I Callati, gridando forte, esortarono Dario a non pronunciare parole empie” (Erodoto, *Storie*, III, 38, 3-4).

⁵ Si ponga mente, ad esempio, alla Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 ed alle elaborazioni filosofiche giusnaturalistiche.

rappresenta una sorta di *topos* di riferimento in una classificazione, a livello mondiale, dei diritti stessi. Le eventuali istanze difformi dallo schema esemplare, provenienti da contesti sociali, religiosi e culturali differenti, sono inevitabilmente destinate ad essere pretermesse, in quanto ritenute o non sufficientemente meritevoli di attenzione o, addirittura, in contrasto con i valori sui quali è orientato il tipo paradigmatico prescelto.

Il rischio – nemmeno troppo latente – sotteso ad una siffatta impostazione teorica *a baricentro occidentale* è, senz'altro, attinente a quella che potrebbe definirsi quale *integrazione coatta* dei diritti fondamentali. Tale fenomeno, infatti, comporterebbe un inevitabile appiattimento, in capo ad un unico archetipo (quello occidentale, per l'appunto), delle diversità sociali relative a culture differenti, insieme ad una pericolosa deriva verso una crescente stigmatizzazione di chi, per nascita e per religione, appartiene a contesti alieni e portatori di valori tradizionali non calzanti al *modello* stesso ⁽⁶⁾. A volere esemplificare, se l'art. 10 della Carta di Nizza ⁽⁷⁾ dovesse assurgere ad una posizione di riferimento mondiale, sul quale costruire ed uniformare un concetto globalmente inteso di libertà di religione, esso si troverebbe in insanabile contrasto con uno dei principi fondamentali della religione musulmana, secondo cui semplicemente non esiste religione al di fuori dell'Islam. In tal caso, allora, se il predetto art. 10, con il suo carattere archetipo ed eticamente preferibile (secondo la dominante *Weltanschauung* occidentale) avesse un valore impegnativo e cogente a livello mondiale, l'Islam ed i suoi seguaci sarebbero irrimediabilmente “fuori legge”, semplicemente per quella denunciata impossibilità di concepire un credo non musulmano che, pure, rappresenta una delle sue caratteristiche fondanti.

⁶ Secondo F. Viola, “già fin d'ora possiamo notare, senza per questo demonizzare la globalizzazione, che essa non rare volte è una *glocalizzazione*, cioè l'espansione mondiale di aspetti di una cultura locale. Si tratta dell'imporsi di un modello culturale determinato sugli altri, con l'effetto di ridurre quest'ultimi ad espressioni parrocchiali e localistiche. Nella sostanza si tratta della vittoria di un'entità locale nel mercato della cultura. Ci sono dei vincitori e dei vinti, dei colonizzatori e dei colonizzati (...) È facile notare che anche i diritti dell'uomo, nati in America e in Francia e, alla fin dei conti, prodotti dalla cultura occidentale, sono a volte considerati come uno degli aspetti di questa colonizzazione della società globale. Sono i diritti degli americani, dei francesi, degli occidentali, ma non degli asiatici e degli africani. Questo rigetto del falso universalismo dei diritti è ben giustificato se è visto nell'ottica della globalizzazione. Se i diritti dell'uomo fossero nella sostanza i diritti che i vincitori, le nazioni ricche e sviluppate, largiscono o impongono ai vinti e ai poveri, sarebbero un potente veicolo di dominio e di controllo mondiale. Tuttavia la logica dell'universalità dei diritti non è e non deve essere quella della globalizzazione” (*Diritti umani. Universalismo, globalizzazione e multiculturalismo*, in *Nuova geografia dei diritti umani*, Atti del convegno, Palermo, 2007, p. 16).

⁷ Art. 10: “Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti”.

Il cercare, dunque, un universalismo dei diritti umani, attraverso l'*integrazione coatta* del portato delle diverse culture ad un modello unitario di riferimento – quale esso sia – equivarrebbe ad una “forma di imperialismo, se pur dai modi gradevoli ed allettanti”⁽⁸⁾.

2) La seconda delle opzioni possibili, poste dal considerato relativismo geografico dei diritti umani, è decifrabile attraverso un ragionamento che potremmo definire *policentrico* od a *centralità diffusa*. Il fondamento di tale impostazione – specularmente opposta alla prima – risiede, anch'esso, sulla semplice constatazione della difficoltà di comunicazione tra culture e società differenti. In questa ipotesi, tuttavia, i relativi contesti di riferimento possono essere rappresentati quali universi paralleli, ciascuno con pari dignità e diritto di autonoma ed incoercibile esistenza, con l'aprioristico rifiuto di ogni eventuale forzosa sovrapposizione di un modello (magari più antico o più prestigioso) su altri, meritevoli del medesimo rispetto.

I Paesi connotati da tradizioni, religioni, concetti ed idee omogenei tra loro tendono, indubbiamente, ad una elaborazione teorica volta a riempire il *contenitore definitorio* dei diritti umani in maniera, più o meno, differente rispetto ai contenuti in esso versati da chi è portatore di valori, di interessi politici ed economici non compatibili con quelli; ed ognuno di tali concetti è dotato di una rilevante *vis espansiva* fondata sulla propria presunta superiorità⁽⁹⁾. La particolarità dell'approccio *policentrico* risiede, allora, sull'evidente riscontro della ermetica indisponibilità di ciascun schema giuridico-concettuale a piegarsi alle altrui influenze, in nome di una rivendicata autonomia dipendente dalle proprie peculiarità. In altri termini, assecondando tale impostazione, non vi è ragione di riconoscere una supremazia internazionale ad una certa enunciazione solenne di poteri e facoltà dell'individuo, magari a tutto discapito di ulteriori e dissimili dichiarazioni formali più aderenti, di qualunque altra, al singolo e specifico contesto sociale di riferimento.

L'esportazione forzosa di un determinato modello potrebbe, dunque, paradossalmente risolversi in una sostanziale indifferenza nei confronti di bisogni e di esigenze grandemente avvertite nell'ambito geografico recipiente, ma di cui non si trova traccia nel paradigma

⁸ A. Algostino, *La tradizione europea dei diritti umani universali e i suoi rapporti con le altre culture giuridiche*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del XV Colloquio biennale della A.I.D.C., Milano, 2002, p. 418.

⁹ Ancora secondo Erodoto, “Se si facesse una proposta invitando tutti gli uomini a scegliere, tra tutte le usanze, le usanze più belle, dopo aver meditato ciascuno sceglierebbe le proprie: a tal punto tutti sono convinti che le proprie usanze siano di gran lunga le più belle” (Erodoto, *Storie*, III, 38, 1).

imposto; così come, al contrario, si potrebbe sopravvalutare una necessità che, in realtà, nemmeno esiste nella società <<colonizzata>>. L'adesione all'opzione a *centralità diffusa* comporta invece, quale beneficio, che ogni Stato mantenga “una notevole ampiezza di manovra (...) nel modo stesso di concepire alcuni specifici diritti umani”⁽¹⁰⁾, nell'auspicabile assenza di interferenze internazionali che potrebbero, anche, porsi fuori contesto⁽¹¹⁾.

L'orientamento *policentrico*, tuttavia, sconta anch'esso dei limiti inevitabili di triplice ordine, il primo dei quali può essere definito *etnocentrismo*. L'autarchica chiusura sulle proprie tradizioni e sui valori caratteristici del portato culturale ed ideologico interno infatti, se eccessivamente insistita, potrebbe condurre ad un pericoloso rifiuto preconcepito delle qualità morali, religiose, filosofiche ed economiche aliene, ritenute non condivisibili o, nel peggiore dei casi, addirittura inferiori⁽¹²⁾.

Il secondo guasto, connesso alla descritta *centralità diffusa* delle differenti compilazioni dei diritti umani, risiede in una possibile *asfissia concettuale* cagionata dalla mancanza di circolazione – e di conseguente comparazione – tra categorie riferite a contesti socio-culturali differenti, i quali potrebbero, invece, vivificarsi nel confronto. Un dogmatico arroccamento sui valori dominanti all'interno di una data comunità di individui, inoltre, provoca una impossibilità di dialogo, a livello internazionale, circa l'individuazione di quei diritti fondamentali e di quelle garanzie che ogni Stato dovrebbe tutelare ed apprestare, anche oltre il vincolo territoriale – di cui si discorrerà nel prosieguo dell'indagine – connesso al concetto di cittadinanza.

Infine – e siamo al terzo limite, che potremmo definire *ideologico* – nel caso in cui dovesse prevalere un codificatore policentrico, le Carte Internazionali dei diritti umani perderebbero gran parte della loro forza suggestiva esogena, semplicemente attraverso il disconoscimento di esse da parte di quello Stato che, nel rivendicare la propria indiscutibile

¹⁰ A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 2003, p. 67.

¹¹ Secondo L. Baccelli (*Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999, p. 191) “l'universalismo non è poi così desiderabile. Coniugato in forma più o meno radicale con l'individualismo, l'universalismo è stato utilizzato per affermare il potere assoluto del pontefice romano, per legittimare la schiavitù, la colonizzazione, l'imposizione violenta della religione”.

¹² Non è facile dimenticare come l'arroccata chiusura sulle proprie posizioni ideologiche, con la conseguente negazione della validità degli altrui valori, abbia storicamente condotto a giustificare i genocidi e le operazioni di “pulizia etnica”.

sovranità, dovesse revocarne in dubbio anche i più intimi fondamenti (¹³). L'avvertita esistenza di una sorta di nucleo comune alle differenti teorizzazioni delle libertà fondamentali, insieme alla ammissione di un intrinseco valore dei documenti internazionali, ha fatto in modo, al contrario, che “persino gli Stati oppressivi si sentono obbligati a mostrare un rispetto formale verso gli atti che sanciscono i diritti umani”(¹⁴). In altri termini, la forza programmatica delle idee contenute nelle Carte Internazionali – lungi dal costituire un tentativo di inaccettabile omologazione culturale – suggerisce uno spunto attivo per l'affermazione dei diritti fondamentali, anche in quei contesti sociali particolarmente chiusi in sé e che mostrano una più spiccata repulsione nei confronti delle garanzie e delle tutele nei confronti dell'individuo.

3.- Segue: *Universalità e cittadinanza.*

Le diverse, e tra loro opposte, opzioni di metodo – consistenti, rispettivamente, in un criterio unificatore ed in uno dissociatore – disponibili per tentare una ricostruzione contenutistica dei diritti umani si sono, dunque, rivelate in qualche modo inefficienti, alla luce delle accertate e permanenti differenze connesse ai contesti geografici e culturali di riferimento. Se, infatti, la tensione verso una determinazione universalmente omogenea dei diritti stessi si spegne contro la evidente difficoltà di rintracciare un modello globalmente soddisfacente (che, dunque, abbracci esigenze e tradizioni a volte antitetiche), anche la semplice parcellizzazione dei diritti fondamentali, in una serie indefinita di enunciazioni a carattere regionale, rischia di lasciare scoperte di tutela alcune più che rilevanti istanze transnazionali.

Una risposta, inoltre, all'esigenza di tentare una composizione in qualche modo unitaria della nozione di diritti umani – al fine di sondare la possibilità di enucleare una sorta di principio essenziale universalmente accettabile, in base al quale orientare anche una rilettura delle categorie privatistiche – è resa ancora più complessa da due ulteriori premesse ermeneutiche, ancora entrambe dipendenti dal diverso modo di risolvere l'antinomia tra universalismo e particolarismo territoriale dei diritti stessi.

¹³ A tal proposito, sarà bene ricordare come “varie personalità islamiche hanno messo in questione la portata universale delle norme occidentali relative ai diritti umani (...). Le libertà formulate nella Dichiarazione universale non hanno senso all'interno di un pensiero politico dai presupposti teocratici (...). Nella concezione islamica, il linguaggio che universalizza i diritti implica un individuo sovrano e indipendente: una bestemmia dal punto di vista del santo Corano” (M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, p. 62).

¹⁴ M. Ignatieff, *op. cit.*, p. 11.

Il primo di tali presupposti conoscitivi – il quale possiede una colorazione che potremmo agevolmente definire *teorica* – risiede sul valore quantitativo (e qualitativo, ad un tempo) da attribuire al concetto di *universalità*. La seconda premessa – puramente connessa ad un presupposto *fattuale* – è legata, invece, all'idea di *cittadinanza* (intesa come rapporto tra Stato ed individuo), anche alla luce del sempre più cospicuo fenomeno di immigrazione che rappresenta, oggi, una vera e propria “cartina di tornasole per l'universalità”⁽¹⁵⁾ dei diritti umani.

Il tentativo di rintracciare una caratterizzazione univoca del contenuto semantico dell'espressione <<*universalità dei diritti*>> si scontra, inevitabilmente, con una pluralità di significati dipendenti dal metalinguaggio definitorio⁽¹⁶⁾ di volta in volta adoperato, oltre che con l'attributo <<*formale*>> o <<*sostanziale*>> unito al termine <<*universale*>>. In particolare, limitando l'analisi epistemologica all'ambito giuridico, ci si avvede di come sia assolutamente necessario attribuire una misura *qualitativa* (cioè *quali* diritti sono universali) ed una misura *quantitativa* (cioè *quanti* sono i titolari dei diritti universali) all'espressione <<*diritti universali*>>. Soltanto così, infatti, può operarsi un progressivo – e decisivo – avvicinamento all'obbiettivo dichiarato di rintracciare quella sorta di fondamento comune ai diritti umani, ben al di là delle barriere rappresentate dai confini degli Stati e dai differenti precetti religiosi e, pertanto, utile al confronto ed all'interazione con le categorie privatistiche.

Il tema posto dalle due domande appena formulate (*quali* diritti sono universali e *quanti* sono i titolari dei diritti universali) si interseca, inevitabilmente, con quegli aggettivi (*formale* e *sostanziale*) che, come detto, possono caratterizzare la parola *universalità*. In particolare, la definizione *formale* di universalità “non ci dice – né deve dirci – quali sono in ciascun ordinamento i diritti fondamentali e neppure quali dovrebbero essere, in qualsiasi ordinamento, i diritti da sancire come fondamentali”⁽¹⁷⁾ limitandosi, al contrario, ad offrire all'interprete una sorta di unità di misura dell'universalità stessa fondata, più che sul contenuto *qualitativo* dei diritti, sulla individuazione *quantitativa* dei titolari di essi. In altri termini, l'identificazione delle categorie dei soggetti cui spetta l'esercizio dei diritti fondamentali – oltre che la tutela

¹⁵ L'espressione citata è di A. Algostino, *op. cit.*, p. 418.

¹⁶ Sarà appena il caso di menzionare il metalinguaggio filosofico, il metalinguaggio religioso, il metalinguaggio della fisica astronomica ecc.

¹⁷ L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 123.

associata a questi ultimi – rappresenterebbe un indice sufficiente al fine di determinare il carattere *universale* dei diritti in questione, anche al di là del contenuto di essi.

Una riflessione di segno opposto, invece, mette in relazione la definizione di universalità *sostanziale* con il significato specifico dei singoli diritti fondamentali. In forza di tale criterio, allora, possono dirsi universali quei diritti il cui contenuto – apprezzato mediante una conoscenza ed una indagine empirica e *qualitativa* – assume una rilevanza tale da consentire una estensione globale dei diritti stessi, a prescindere dalle categorie *quantitative* riferite ai titolari di essi. L'accento, dunque, deve esser posto sul valore intrinseco dei diritti in esame, alla luce del quale sarà senz'altro maggiormente agevole rintracciarne il carattere universale, piuttosto che tramite la ricerca e la determinazione quantitativa delle classi dei soggetti di riferimento, la cui ampiezza astrattamente variabile potrebbe indebitamente e significativamente influire sulla portata della caratteristica in questione.

Il confronto – ancora irrisolto e che potremmo definire esclusivamente *teorico* – tra le due differenti opzioni definitorie, appena tratteggiate, relativo alla nozione di universalità è gravato da ulteriori difficoltà con l'accostamento ad esso del concetto (questa volta *fattuale*) di *cittadinanza*, da intendersi quale ulteriore elemento di discriminazione nell'elaborazione di una definizione unitaria dei diritti fondamentali.

Il carattere antipode della cittadinanza, rispetto all'idea di universalità, ci pare necessiti di una illustrazione preventiva di carattere storico, che trova uno spunto interessante in una brevissima riflessione sulla natura e sulla genesi del nucleo originario dei diritti umani – il riconoscimento delle libertà individuali – il cui primo sorgere si colloca al tramonto degli Stati assoluti. Fino a quell'immenso spartiacque tra epoche rappresentato dalla rivoluzione francese, infatti, “i popoli e gli individui non hanno alcun peso. Sembra quasi che non esistano, assorbiti e soverchiati come sono dai <<principi>>: gli Stati sovrani, unici veri interlocutori sulla scena del mondo. I popoli (...) spesso passano da un sovrano all'altro, a seconda delle fortune, delle conquiste e dei successi dei vari regnanti”⁽¹⁸⁾. In un siffatto contesto, dunque, non avrebbe avuto, in alcun modo, spazio e significato anche il semplice tentativo volto a rintracciare un qualunque barlume di potere decisionale del singolo sui propri interessi ove questi, per ipotesi,

¹⁸ A. Cassese, *op.cit.*, p. 7.

fossero entrati in conflitto con le convenienze dello Stato; inteso, questo, non come moderna collettività di individui, ma come concreta espressione del potere del Sovrano. L'uomo non si affermava, quindi, come tale, ma in stretta dipendenza o dall'eventuale titolo nobiliare posseduto – che gli avrebbe fornito una certa legittimazione all'esercizio di determinati diritti, tra i quali la proprietà fondiaria⁽¹⁹⁾ o la stessa libertà personale – o dall'essere suddito tra i sudditi, esposto alla mercé del potere e dell'arbitrio.

In una simile condizione politica e sociale, dunque, non poteva essere in alcun modo concepibile ed accettabile una elaborazione, anche meramente teorica, di una sorta di universalità dei diritti, atteso che il godimento di questi era strettamente connesso allo *status* personale posseduto (di nobile, di ecclesiastico, di suddito, di schiavo) e dipendente tanto dal territorio di riferimento⁽²⁰⁾, quanto dalla maggiore o minore propensione personale del Sovrano al riconoscimento di libertà, di benefici e di privilegi. Un'esemplificativa applicazione concreta, al descritto contesto storico, dei criteri definatori dell'*universalità* sopra indicati, allora, ci condurrebbe a sostenere una sicura prevalenza dell'opzione *quantitativa-formale* su quella *qualitativa-sostanziale*: la definizione di universalità dei diritti, infatti, si fondava esclusivamente sulla loro ascrivibilità in capo ad una classe indeterminata di soggetti che ne erano titolari (i nobili), a loro volta identificabili sulla base del particolare *status* che li poneva in rapporto con lo Stato. In altri termini, ciò che individuava il valore primario di determinati diritti non era il loro contenuto effettivo quanto, piuttosto, che di questi potesse godere un insieme indistinto ed universalmente qualificabile di persone, esclusivamente in virtù della relazione intrattenuta con il Sovrano, inteso quasi come personificazione dello Stato. Al contrario, quei pochi diritti posseduti da chi era privo di titolo nobiliare sicuramente non potevano essere qualificati come <<fondamentali>>.

¹⁹ Ad esempio, fino al 1848 rimase in vigore nel Regno d'Ungheria il *Codex Tripartitum*, che riconosceva il diritto di proprietà, tanto sui beni mobili che immobili, esclusivamente ai nobili.

²⁰ Lo *status* di cittadino, nell'epoca conclusasi con la rivoluzione francese, paradossalmente rilevava maggiormente nella tutela dell'individuo che si trovasse all'esterno dei propri confini nazionali rispetto, invece, a quando agiva all'interno di questi. Poiché, infatti, il suddito costituiva "propaggine e ramificazione del sovrano" (A. Cassese, *op. cit.*, p. 8), un'eventuale offesa o torto arrecata all'estero ad un suddito costituiva, quasi, un oltraggio portato al sovrano stesso che, per questo, sarebbe stato in diritto di ottenere soddisfazione. Al contrario, se fosse stato il Re ad agire avverso un proprio suddito, quest'ultimo non avrebbe potuto ottenere ristoro alcuno, atteso che l'azione compiuta dal sovrano avrebbe dovuto interpretarsi come l'esercizio di una prerogativa.

I mutamenti sociali, dipendenti dal progressivo sfaldamento degli Stati assoluti, innescarono un processo volto ad una direzione inversa al passato, il cui esito consistette nella graduale emersione del concetto di *cittadino*, in contrapposizione netta con la precedente figura del *suddito*. Lo Stato, dunque, fu parte di un rinnovato rapporto con tutte le sue componenti, in maniera talmente profonda che si passò dalla precedente concezione – che, come visto, voleva una precisa ed esclusiva identificazione tra questo e la persona del Sovrano – ad una rappresentazione del potere pubblico esercitato in forma diffusa e, per questo, detenuto da un insieme organizzato di persone stanziato su un territorio. Una conseguenza diretta dei delineati cambiamenti sociali e politici può essere, quindi, rintracciata nel fatto che “gli Stati sovrani si sono gradualmente autolimitati: hanno ridotto il proprio imperio sui rispettivi sudditi, impegnandosi internazionalmente a garantire loro libertà e diritti”⁽²¹⁾.

Come si nota, allora, si è assistito all'affiorare sempre più evidente dell'idea di *cittadinanza*, intesa quale legame naturale dell'individuo alla collettività sociale di riferimento⁽²²⁾ con la contemporanea esclusione, imputata ai *non cittadini*, dal godimento di quei diritti connessi ad un determinato e qualificato contesto geografico e politico. Un siffatto senso di appartenenza è inteso, dunque, “come il presupposto di tutti i diritti fondamentali”⁽²³⁾, in quanto conseguenza di un preciso “*status* che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità”⁽²⁴⁾.

Di nuovo, dunque, si affaccia una definizione di universalità connotata dal canone *quantitativo-formale*, secondo cui l'assiologia dei diritti risiede sul concetto di appartenenza dei titolari di essi ad un determinato cenobio a sovranità nazionale, piuttosto che sul contenuto delle norme. Lo Stato-collettività, dunque, impone dei limiti ai propri poteri in favore di ciascuno dei membri di esso: limiti dalla cui proposizione discendono, specularmente e successivamente, diritti (intesi come garanzie a che i limiti stessi vengano osservati e rispettati) a tutela di tutti i cittadini appartenenti alla comunità nazionale e, per questo, definibili come *fondamentali ed universali*.

²¹ A. Cassese, *op. cit.*, p. 115.

²² Cfr. A. Falzea, secondo il quale “quanto più i rapporti umani travalicano le circoscrizioni degli Stati tanto meno sono tutelati dagli ordinamenti giuridici statuali, strettamente legati al territorio sul quale si esercita la sovranità” (*Osservazioni introduttive*, in G. Vettori (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 201).

²³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 23.

²⁴ T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976, p. 24.

La caratteristica più evidente di una siffatta impostazione ricostruttiva risiede, come è evidente, nella esclusione di chi non è parte della collettività di riferimento dalla possibilità di godere delle predette norme di garanzia. La carenza del requisito rappresentato dallo *status* di *cives*, infatti, non permette di essere compresi in quella *universalità* di cittadini cui, in via esclusiva, sono riferiti i diritti in questione.

Al contrario, se si optasse per la valorizzazione del criterio distintivo che abbiamo definito *qualitativo-sostanziale*, la diffusione delle richiamate garanzie travalicherebbe i confini statuali, trovando fondamento sul nucleo oggettivo ontologico dei diritti in questione, piuttosto che sulla ascrivibilità dei titolari di essi ad uno Stato invece che ad un altro.

4.- Segue: *Insufficienze dei criteri di definizione.*

Il risultato ultimo delle precedenti considerazioni, dunque, pare possa essere riassunto attraverso la determinazione di quattro distinti concetti, dipendenti dalla constatata differenziazione culturale influente sulla qualificazione definitoria dei diritti umani. Le quattro proposizioni (tra loro correlate in due coppie), quindi, sono:

a) Dissociazione territoriale dei diritti fondamentali, con la conseguente elaborazione di una serie di Carte declaratorie a base regionale. *b)* Uniformazione transnazionale del contenuto dei diritti stessi, mediante l'imposizione di un modello unico di riferimento.

A) Universalità dei diritti dipendente dal criterio formale della quantificazione ed identificazione dei relativi titolari (un diritto è universale se è riconosciuto alla totalità degli appartenenti ad una determinata categoria di soggetti, quale che essa sia). *B)* Universalità dei diritti legata al significato sostanziale di essi, piuttosto che al numero dei fruitori (un diritto è universale solo in funzione del suo contenuto e non dei suoi destinatari).

Le suddette coppie di opzioni conoscitive, a loro volta, possono essere suscettibili di scomposizione e di successiva riunione in due ulteriori proposizioni, basate su differenti criteri definitori e, tra loro, di valore antitetico:

aA) La cittadinanza è il presupposto sostanziale dei diritti fondamentali. Questa, infatti, per un verso rappresenta quel discrimine necessario ad evitare la realizzazione di “una struttura di potere globale [che] sarebbe oggi inevitabilmente destinata a comprimere le differenze

culturali del pianeta, a penalizzare i soggetti più deboli, a ridurre drasticamente la complessità delle strutture politiche intermedie”(25). Per altro verso, la cittadinanza permette una identificazione precisa dei soggetti titolari dei diritti fondamentali – l’esistenza dei quali necessariamente dipende dalle limitazioni che la collettività statale dà a sé, in esclusivo favore dei suoi stessi componenti – che, a loro volta, sono universali in quanto indistintamente riconosciuti alla comunità dei *cives*, nel rispetto delle altrui diversità.

bB) I diritti umani, in quanto valori in sé, non possono soffrire limitazioni territoriali o culturali, anche perché “la disuguaglianza nei diritti genera l’immagine dell’altro come disuguale, ossia inferiore antropologicamente proprio perché inferiore giuridicamente”(26). L’uniformità mondiale dei diritti, dunque, rappresenta una garanzia al rispetto globale e transnazionale di essi – anche al di là delle eventuali decisioni difformi dei singoli Stati – e l’universalità assume una connotazione ontologica, decisamente fondata sul contenuto delle norme, che si impone a prescindere dalla quantificazione dei destinatari e degli effettivi fruitori di esse.

I principi prospettati, comunque, scontano tutti un palese difetto comune, consistente nella inadeguatezza di questi rispetto alla necessità di riempire con un significato uniforme la definizione di <<diritti umani>>. Nel caso in cui, infatti, fosse prediletta una descrizione formale dell’idea di *universalità* – come sopra delineata, con il conseguente ascrivere una serie di privilegi e garanzie, ritenuti fondamentali, a tutti indistintamente gli appartenenti ad una classe determinata di persone, con l’esclusione di chi fa parte di differenti categorie e senza un concreto interesse per il contenuto effettivo dei poteri attribuiti – ci si scontrerebbe con l’aporia argomentativa connessa alla necessità preliminare di individuare i criteri di scelta dei gruppi di titolari delle tutele. In altri termini, una catalogazione dei diritti fondamentali operata soltanto sulla specificazione dei soggetti garantiti non permette una altrettanto chiara giustificazione del canone identificativo prescelto, con il conseguente possibile svilimento dell’aggettivo <<fondamentale>>. A tal proposito, si potrebbe sensatamente affermare che “non c’è limite alla proliferazione delle categorie di soggetti, o delle condizioni, e delle situazioni sociali che possono essere riguardate sotto il profilo dei diritti umani. Dai consumatori di beni agli utenti

²⁵ D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 70.

²⁶ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 26.

di servizi, dai malati agli handicappati, dai cittadini in quanto fruitori dei beni ambientali agli animali in quanto esseri senzienti e parte essenziale dell'ecosistema, non c'è categoria di persone, o di esseri viventi, che non possa legittimamente ambire ad avere una propria carta di diritti più o meno fondamentali”(27). Il tutto, ovviamente, senza avere ancora ben chiaro il contenuto effettivo delle garanzie riconosciute ai componenti della classe prescelta.

Qualora, infine, la definizione formale di universalità dei diritti umani fosse convenzionalmente legata alla *cittadinanza*, essa si porrebbe in deciso contrasto con il fenomeno – sempre più evidente nell'attuale periodo storico – della circolazione transnazionale degli individui. Se, infatti, i diritti fondamentali dovessero realmente dipendere soltanto da una auto-limitazione dei poteri che gli Stati (come collettività di persone accomunate dal territorio e dall'ordinamento giuridico) operano in favore dei propri cittadini – con l'esclusione dal godimento di essi gravante su chi cittadino non è – ci si troverebbe innanzi un duplice paradosso: in primo luogo, una garanzia ritenuta fondamentale in un definito contesto politico, tale potrebbe non essere al di fuori dell'ambito di origine, con i conseguenti rischi connessi al semplice trasferirsi in un'area geografica di differente sentire politico e culturale (28). In secondo luogo, il fraintendere il concetto di universalità dei diritti con il riconoscimento di questi – da parte dello Stato – ad un gruppo qualificato di soggetti (i cittadini) si tradurrebbe, inevitabilmente, nel negare le medesime garanzie fondamentali a chi soggiorna nello stesso Stato, non appartenendo politicamente alla collettività in esso stanziata (29).

La medesima difficoltà definitoria si riscontra nel caso in cui, nell'individuazione dei diritti umani, si dovesse prediligere il criterio sostantivo fondato sul contenuto di essi, a dispetto “dell'ampiezza della classe di riferimento del quantificatore universale <<tutti>>” (30). Una siffatta opzione, come è facile osservare, sconta a sua volta un duplice ordine di questioni: in primo luogo, infatti, qualificare come <<fondamentale>> un diritto senza, al contempo, operare un immediato riferimento ai titolari di esso potrebbe comportare uno “svilimento del

²⁷ C. Cardia, *op. cit.*, p. 183.

²⁸ Ad esempio, la garanzia di parità formale e sostanziale tra uomo e donna, propria degli Stati occidentali, potrebbe non ricevere adeguata e uguale difesa in un contesto sociale ove la donna è culturalmente e storicamente discriminata.

²⁹ Come rileva A. Algostino (*op. cit.*, p. 398) “finché diritti politici e cittadinanza sono concepiti l'uno in relazione all'altro (gode dei diritti politici chi è cittadino e ciò che contraddistingue lo *status* di cittadino è l'esercizio dei diritti politici), la categoria dei diritti di partecipazione non può che essere coinvolta nella contraddizione tra proclamazione di diritti della persona umana e suddivisione del mondo in Stati”.

³⁰ L. Baccelli, *Diritti senza fondamento*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 202.

concetto stesso di diritto umano, che si confonderebbe con qualunque *pretesa individuale legittima*. Anzi, continuando nella enucleazione di infiniti e *insaziabili* diritti umani (...) si finisce per identificare il concetto di *diritto umano* con quello di *bisogno umano*”(31). In secondo luogo, l’assenza di una individuazione precisa dei distinti soggetti, cui spettano le tutele e le garanzie, potrebbe condurre ad ingiustificata e pericolosa omologazione dei diritti in questione, con un coerente appiattimento delle differenze culturali sopra quell’unico canone contenutistico che, in virtù della sua forza o del suo prestigio, riuscisse ad imporsi.

5.- *La soluzione delle antinomie. L’uomo quale principio comune ai diritti fondamentali.*

Le considerazioni che precedono hanno, dunque, condotto ad un risultato ambivalente. La necessità di individuare un fondamento unico ai diritti umani, utile quale efficace reagente nell’analisi delle interazioni di questi con il diritto privato, deve tenere, infatti, in debito conto due differenti, ma non contraddittori, parametri. In primo luogo, rivestono una fondamentale importanza sia il valore distintivo del concetto di *cittadinanza*, sia l’appartenenza ad un determinato e caratterizzante contesto culturale che, insieme, provocano vaste fratture in un tentativo di ricomposizione unitaria dei diritti umani. In secondo luogo, si avvertono tendenze espansive del catalogo dei diritti stessi – mediante l’inclusione, in questo, di sempre più numerose esigenze “che hanno portato il concetto di *diritto* quasi a coincidere con quello di *bisogno*”(32) – insieme ad una coincidente propensione a modellarne ed uniformarne il contenuto, su scala mondiale, sui caratteri propri dell’*uomo occidentale*.

La rilevata antinomia concettuale, allora, rende necessario compiere ancora un altro sforzo epistemologico, questa volta teso all’individuazione di un criterio determinante che, attraverso l’uniformazione delle opposte tendenze messe in evidenza, permetta di ricavare un contenuto univoco e, quanto più è possibile, universalmente accettabile alla definizione di diritti fondamentali. L’esigenza avvertita è, dunque, quella di conciliare le forze che volgono verso una frammentazione regionale e culturale dei diritti con quelle, altrettanto efficienti, tese ad una omologazione dei contenuti sopra un modello determinato. Tutto ciò, ponendosi al

³¹ C. Cardia, *op. cit.* p. 184 (i corsivi sono dell’Autore).

³² C. Cardia, *op. cit.* p. 199 (i corsivi sono dell’Autore).

riparo dall'ulteriore pericolo connesso ad una ipertrofica estensione del catalogo dei diritti stessi, che farebbe di essi non una categoria *aperta* quanto, invece, *indefinita*.

Al fine, allora, di evitare un'analisi sterilmente descrittiva e teorica, ci pare opportuno operare un forte ancoraggio argomentativo ad un solido approccio soggettivistico al tema, attraverso, cioè, l'identificazione concreta dei soggetti delle tutele. La determinazione del principio aggregante così delineato, cui ispirare una rinnovata lettura delle norme anche di natura privatistica, è opera, tuttavia, di non poco impegno. Il rischio consiste, infatti, nell'individuare una categoria di destinatari delle garanzie che non goda di una valenza *universale*⁽³³⁾ e che, per questo, divenga essa stessa fonte di differenze e discriminazione. In altri termini, l'esistenza medesima di eterogenee categorie di riferimento pare limitare la titolarità dei diritti in questione esclusivamente ai soggetti che ad esse appartengono – con la conseguente eccezione di chi è *estraneo* – quando, invece, non può esserci incertezza alcuna nella ricercata identificazione, necessariamente globale, di coloro ai quali è da ascrivere una tutela uniforme⁽³⁴⁾.

Un considerevole contributo all'opera di <<unificazione>> delle osservate diversità, in tema di contenuto e titolarità dei diritti fondamentali, è portato da un lavoro di progressiva scarnificazione di essi, fino al punto di individuarne il nucleo essenziale che ne accomuni il significato e la stessa esistenza, anche ben oltre le consistenti barriere ideologiche, culturali e politiche. Tale principio universale è, fuori da ogni dubbio, l'*uomo* che, figurativamente, potrebbe esser definito *vitruviano* per due ordini di ragioni: in primo luogo per la centralità che a questi deve riconoscersi nelle proporzioni dell'ordine giuridico che, come è evidente, dovrebbe trovare nell'uomo stesso il suo costante riferimento; in secondo luogo, per la <<nudità>> con la quale il parametro di riferimento deve offrirsi all'analisi, spogliato di tutte le categorie formali ed astratte di appartenenza.

³³ Sarà bene sottolineare che il termine *universale* non è, qui, adoperato nel suo significato formale (riferito, cioè, alla totalità di soggetti appartenenti ad una categoria specificamente individuata) quanto, invece, nella sua accezione sostanziale attribuita all'insieme indistinto degli esseri umani.

³⁴ Ad esempio, definire soggetti di diritto tutti coloro i quali godono della personalità giuridica o, in maniera più ristretta, della personalità d'agire o della cittadinanza (la scelta di queste categorie è di L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 136) non avrebbe significato effettivo alcuno in quegli ordinamenti ove la titolarità di qualsiasi norma è strettamente subordinata all'appartenenza alla categoria dei *credenti*.

L'uomo, dunque, quale canone proposto su cui misurare la possibilità di elaborare un concetto unitario, transnazionale e culturalmente omogeneo di diritti fondamentali, deve essere sottoposto, adesso, al vaglio dei criteri definitivi prima osservati. Ciò, ovviamente, al fine palese di valutarne le potenzialità di costituire quella ricercata chiave interpretativa, utile a creare un intreccio virtuoso tra le categorie privatistiche ed i diritti umani.

Siffatta indagine deve essere condotta attraverso l'utilizzo delle due coppie di proposizioni conoscitive antitetiche, sopra stabilite, allo scopo di stimare la loro resistenza ad una possibile soluzione dell'antinomia ad esse intrinseca. Per una maggiore chiarezza espositiva, allora, si riproporrà la medesima divisione schematica già adoperata.

aA) Il presupposto di partenza risiede nel considerare, per un verso, la cittadinanza quale criterio utile ad evitare una piatta uniformazione dei diritti fondamentali sopra un modello predeterminato; per altro verso, la medesima cittadinanza costituisce il fondamento degli stessi diritti, in quanto sottintende una limitazione che la collettività statale dà a sé, in esclusivo favore dei suoi stessi componenti. Se, allora, si propone come canone unificatore l'uomo, inteso come entità assoluta, rimane immediatamente risolto il problema dipendente dalle apprezzabili istanze avverse ad una globalizzazione dei diritti. Ciò in quanto non potrebbe darsi un <<Decalogo>> di diritti fondamentali – impiantato sulla scorta di determinate convinzioni religiose, politiche ed ideologiche – che viene prescritto ed imposto a sistemi più deboli sebbene di eguale dignità: esiste soltanto l'*uomo* con i suoi bisogni e le sue esigenze primarie, dappertutto valide, indosso al quale può crearsi “un nucleo ristretto di valori e criteri universalmente accettati da tutti gli Stati”⁽³⁵⁾.

Con riferimento, infine, alla presunta derivazione dei diritti primigeni dal rapporto tra cittadino e collettività statale di appartenenza, si può sostenere che “la più recente elaborazione dei diritti fondamentali come diritti umani opera un'autentica rivoluzione copernicana”⁽³⁶⁾, in base alla quale non è più lo Stato a limitare sé stesso in favore del singolo (il diritto del singolo esiste solo perché gli è riconosciuto dallo Stato) bensì, al contrario, è l'uomo, in quanto tale, a possedere delle istanze degne di tutela universale e preesistenti alle

³⁵ A. Cassese, *op. cit.*, p. 71.

³⁶ S. Mazza, *Diritti fondamentali e diritti soggettivi (considerazioni a margine della teoria di Luigi Ferrajoli)*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2002, p. 214.

formazioni sociali, cui i singoli Stati non possono che uniformarsi. Il concetto di *universalità* in senso *formale*⁽³⁷⁾, dunque, non può essere ancora associato ad una categoria necessariamente limitata quali i *cittadini*, dovendo, invece, essere allargata al massimo fino ad includere l'umanità intera.

In conclusione, allora, la cittadinanza non può ulteriormente costituire un valido ostacolo all'armonizzazione internazionale delle garanzie poste a difesa dei diritti fondamentali, in quanto l'*essere uomo* è già una condizione sufficiente all'individuazione di necessità e bisogni globalmente meritevoli di piena considerazione; ben al di là delle esistenti divisioni politiche e religiose e lungi anche solo dalla mera possibilità che un modello parziale di riferimento prevarichi altri di pari valore e qualità.

bB) La seconda proposizione definitoria è fondata, invece, sulla necessità di riconoscere il rilievo intrinseco di canone culturale di riferimento ad una determinata elencazione di diritti fondamentali, in modo che essa, in forza della valenza del suo contenuto, realizzi una uniformità mondiale dei diritti stessi, anche tramite il rispetto transnazionale ad essi dovuto.

Il concetto proposto di *uomo*, inteso quale centro esclusivo di imputazione di diritti e tutele, sembra passare anche attraverso le maglie del superiore postulato, soltanto ove si consideri l'*uomo* stesso come presupposto indefettibile sul quale modellare un eventuale catalogo mondiale dei diritti essenziali scevro, nel suo contenuto, da qualsiasi colorazione ideologica e sovrastruttura religiosa. In altri termini, nella predisposizione del predetto catalogo, occorre tenere ben presente che la diversità culturale è essa stessa un diritto dell'uomo e che, in quanto tale, non può in alcun modo essere sacrificata. I diritti umani, infatti, rappresentano norme necessariamente <<sociali>> – nel senso che trovano, normalmente, esplicazione nei rapporti tra individui e collettività statale – e, per questa ragione, il loro contenuto può mutare in relazione alle differenti istanze, dipendenti dalle eterogenee relazioni che intercorrono tra l'uomo ed il gruppo sociale che, di volta in volta, rappresenta il suo riferimento.

Un accenno merita, infine, il denunciato pericolo di eccessiva dilatazione della categoria dei diritti fondamentali, insito nell'opzione classificatoria ontologica. In realtà, a ben guardare,

³⁷ Nel senso, cioè, di riconoscere un diritto "ad una classe universale di soggetti la quale di fatto include – al limite – un solo membro" (R. Guastini, *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 45).

questo è un falso problema che si pone, esclusivamente, ove si voglia necessariamente accedere ad una elencazione rigida e dogmatica dei diritti stessi, senza alcuna attenzione per le evidenti differenze esistenti tra le esigenze che uomini diversi, in contesti diversi, possono manifestare. Una analisi coerente con le superiori premesse mostra, infatti, come sia possibile operare una gradazione tra i diritti umani distinguendo, in essi, “i diritti civili e politici da un lato, e quelli economici, sociali e culturali dall’altro”⁽³⁸⁾. Siffatta considerazione, allora, conduce alla conseguente riflessione, sopra adombrata, della necessità di modulare il contenuto di un eventuale catalogo mondiale dei diritti stessi sulle concrete, effettive e *primarie necessità* dell’uomo, rapportato, tuttavia, ai differenti contesti sociali di riferimento⁽³⁹⁾; con l’ulteriore conclusione di sottoporre il diritto ai bisogni, atteso quello che dovrebbe essere il suo compito naturale di assecondare, agevolare e tutelare la completa realizzazione della personalità dell’individuo tra individui.

6.- Diritti dell’uomo e diritto privato. Diversità e corrispondenze.

Il tema da cui ha preso spunto l’indagine è la presunta incomunicabilità tra la dimensione speculativa – propria della teoria generale e dell’analisi giusfilosofica – dei diritti fondamentali e, d’altro lato, la natura strettamente positiva che connota gli istituti di diritto privato. La rivendicazione di autonomia dello studioso di teoria generale bene si evidenzia, infatti, nella volontà di indagare esclusivamente “la forma o la struttura logica di quei diritti che conveniamo di chiamare fondamentali”⁽⁴⁰⁾, senza alcun riferimento ad uno specifico ordinamento ed allo stesso significato ontologico di essi che, invece, pare essere riservato all’analisi empirica del diritto vigente ⁽⁴¹⁾.

La diversità appena riferita – dipendente, esclusivamente, dal differente oggetto dei rispettivi ambiti di studio del teorico generale e del privatista – si iscrive, tuttavia, su di un

³⁸ A. Cassese, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ In un ambito geografico, infatti, ove i bisogni maggiormente avvertiti sono quelli dipendenti dallo scarso sviluppo economico, non si percepisce l’urgenza di veder riconosciuta una tutela ai diritti della personalità che, invece, saranno pienamente garantiti in un contesto, economicamente maturo, ove le esigenze primarie sono quelle dipendenti dalla personalità morale dell’individuo.

⁴⁰ L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 123.

⁴¹ Cfr. D. Zolo, *op. cit.*, p. 51.

piano prettamente concettuale e non denuncia, invece, quello che pare essere l'effettivo principio impediente una analisi, comune alle due branche disciplinari, dei diritti umani.

La motivazione principale dell'ostentata distanza rilevata tra le categorie civilistiche positive e l'elaborazione teorica dei diritti fondamentali risiede, a nostro avviso, su di un unico presupposto di base dal quale, successivamente, è possibile derivare una serie di corollari. Una delle caratteristiche principali, propria e connotante, del diritto privato risiede, infatti, nella valenza sovrana attribuita alla volontà dispositiva ed attuativa del soggetto⁽⁴²⁾ – in ordine ai diritti positivamente riconosciutigli dall'ordinamento – dal che dipende: *a*) la possibilità di instaurare un rapporto giuridico intersoggettivo, in ordine all'esercizio, al godimento ed alla pretesa di tutela del diritto; *b*) una piena disponibilità dei diritti di cui l'individuo è titolare, all'interno dei limiti posti a garanzia del consorzio sociale nel quale l'individuo medesimo è inserito; *c*) la potenzialità di una valutazione patrimoniale del diritto coinvolto, insieme all'ulteriore opportunità di ricavare un profitto dal suo esercizio; *d*) l'evidente disuguaglianza tra diversi titolari formali del medesimo diritto, in forza della differente misura, qualitativa e quantitativa, nel godimento del diritto stesso⁽⁴³⁾; *e*) l'attribuzione del bene oggetto del diritto ad uno o più soggetti individualmente determinati – con l'esclusione di tutti gli altri – attraverso una disposizione solitamente negoziale.

Gli elementi distintivi del diritto dei privati appena evidenziati, tuttavia, sembrano irrimediabilmente collidere con la stipulazione teorica dei diritti umani, in ordine ai quali la volontà dei soggetti titolari non pare svolgere alcun ruolo. In maniera schematica, allora, potrebbero sostenersi i seguenti postulati – contraddittori rispetto i punti sopra notati – così argomentando: *A*) l'esercizio dei diritti fondamentali, in quanto assoluti ed universali, non stabilisce alcun rapporto giuridico, così intendendo “ogni relazione tra titolari di posizioni giuridiche antitetiche regolata dal diritto oggettivo”⁽⁴⁴⁾; *B*) i diritti umani, in virtù della particolare natura dei beni (la vita, la dignità, l'integrità fisica ecc.) che in essi trovano

⁴² Cfr. M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 41 ss.

⁴³ La differenza quantitativa risiede, ad esempio, nel fatto che “ciascuno di noi è proprietario o creditore di cose diverse e in misura diversa” (L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 14). La differenza qualitativa (nel senso della *qualità* della volontà sottesa al diritto), invece, è riscontrabile – sempre in via esemplificativa – nelle differenze di poteri e facoltà che sono riconosciute ad un soggetto pienamente capace di intendere e di volere rispetto ad un minore o ad un interdetto.

⁴⁴ G. Crisculi, *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, Padova, 2000, p. 44.

riconoscimento e tutela, non sono in alcun modo disponibili dal soggetto che ne è titolare, né sono limitabili ad opera di terzi o della stessa collettività statale di riferimento; C) i diritti fondamentali dell'individuo non sono suscettibili di quotazione economica e da essi – appartenendo in maniera indistinta all'universalità delle persone – non è consentita al singolo la facoltà di ricavarne un eventuale utile; D) il riconoscimento dei diritti umani alla totalità indistinta degli individui pone costoro in una situazione di perfetta uguaglianza giuridica, atteso che non può essere concettualmente ammissibile una differenza qualitativa o quantitativa nel godimento dei diritti in questione; E) i diritti fondamentali appartengono all'individuo soltanto in virtù della sua stessa esistenza o in ragione della sua inerenza ad una determinata categoria di soggetti (ad esempio, i cittadini), senza che possa essere attribuito valore alcuno ad una eventuale volontà acquisitiva, modificativa o abdicativa.

Le antinomie così rilevate – occorre ammetterlo – pare che si risolvano in una insormontabile aporia, visto che riguardano la differente struttura ontologica dei diritti umani e del diritto privato. Il concetto di *diritto soggettivo*, infatti, se inteso quale espressione del potere volitivo e determinativo del singolo in ordine alla propria sfera giuridica, sottintende una inevitabile esaltazione della autorità individuale, in evidente contrapposizione con i concorrenti interessi portati dagli altri appartenenti al medesimo gruppo sociale. Dalla tensione così generatasi, quindi, discende la necessità di comporre il contrasto tra le reciproche convenienze, mediante l'elaborazione di regole generali ed astratte che consentano un equo temperamento dei diritti e dei corrispettivi doveri, al fine ultimo di garantire una convivenza pacifica ed ordinata. In altri termini ed in maniera sintetica, potrebbe dirsi che il diritto privato – attraverso il concetto di diritto soggettivo – salvaguarda l'*uomo* nella sua individualità ed originalità, apprestando a questi un sistema di norme che permette una compiuta realizzazione della propria personalità anche nel rapporto con altri individui, tutti portatori di bisogni, a volte, antitetici.

I diritti umani, al contrario, sono precisamente connotati dal carattere di *universalità* – inteso quale “presupposto fondativo dell'uguaglianza dell'individuo rispetto ad ogni altro essere della propria specie”⁽⁴⁵⁾ – che pare togliere al singolo ogni possibilità di autonoma

⁴⁵ S. Mazzaresse, *op. cit.*, p. 191.

determinazione in ordine alla misura o alle modalità di godimento dei diritti stessi⁽⁴⁶⁾, senza che si dia origine ad alcun conflitto o contrapposizione, tra individui, nella realizzazione degli interessi ad essi intrinseci. Con diverse parole, allora, si potrebbe affermare che il sistema di diritti fondamentali garantisce l'uomo non nella sua specificità quanto, piuttosto, solo come componente indistinto di una categoria di esseri tra loro uguali, con la possibilità, riconosciuta ad ognuno di essi, esclusivamente di attivare le opportune tutele in caso di violazione dei diritti in questione, senza alcun potere abdicativo o dispositivo che, se esistente, comporterebbe una lesione non al singolo individuo, ma all'intero genere di appartenenza. Sulla scorta di un siffatto concetto, dunque, sarebbe più corretto discorrere di *droit de l'humanité*, piuttosto che di *droit de l'homme*⁽⁴⁷⁾.

La ricerca delle motivazioni di fondo di una siffatta lontananza concettuale, che pare contrapporre il sistema di diritto privato al sistema dei diritti umani, ha condotto ad un esito suggestivo e, forse, inatteso. Le descritte differenze, in quanto ontologicamente connesse al contenuto stesso delle contrapposte strutture normative, non sono in alcun modo conciliabili, tranne che su di un unico dato condiviso: la tutela della personalità umana, rispettivamente come entità singolare o come parte di una collettività indistinta. L'idea, prima tratteggiata, di *uomo universale* rappresenta infatti, per un verso, il principio comune ed aggregante dei possibili differenti criteri teorici di definizione dei diritti fondamentali e, di questi, costituisce oggetto e scopo di esistenza. Lo stesso principio, per altro verso, incarna uno dei più intimi presupposti delle regole privatistiche. Se, infatti, si considera che il diritto privato è formato da norme propriamente utili alla regolamentazione degli interessi specifici dell'individuo – nella sua singolarità o inserito in una formazione sociale – anche attraverso l'esaltazione dei suoi poteri e delle sue facoltà, ci si accorge di come anch'esso sia naturalmente votato, per la sua

⁴⁶ Il concetto risulta maggiormente chiaro ove si consideri che “i diritti fondamentali, essendo universali, sono tutt'uno con le norme che li dispongono (...) e se non altro per questo ne è inconcepibile la disponibilità; tanto che se, paradossalmente, essi fossero disponibili cesserebbero di essere universali e perciò fondamentali” (L. Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. Ferrajoli, *cit.*, p. 140).

⁴⁷ Cfr. B. Jorion, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Rev. Dr. Pub.*, 1999, 214.

stessa funzione, al rispetto ed alla garanzia dell'*uomo*, quale centro universale di imputazione di interessi⁽⁴⁸⁾.

L'*uomo*, dunque, ancora una volta rappresenta l'elemento unificatore, il fulcro intorno al quale è possibile un avvicinamento tra quegli ambiti paralleli rappresentati dai diritti fondamentali e dal diritto privato, anche oltre la tradizionale area delle tutele apprestate dalle regole civilistiche in favore della personalità umana. I differenti piani di lettura, quindi, non paiono essere irrimediabilmente distanti ed impermeabili a mutue commistioni, soprattutto in vista dell'utilità di "confrontare le stesse categorie in funzione di una loro reciproca dilatazione estensiva (...) che renda meno distante la <<teoria>> dalla <<pratica>> del diritto o recuperi quell'unità dell'esperienza giuridica che può servire, all'una e all'altra disciplina, ad elaborare una comune progettazione di principi, di concetti e di strutture"⁽⁴⁹⁾.

7.- Diritti dell'uomo e categorie privatistiche.

Le considerazioni appena svolte in ordine all'elemento comune tra diritto privato e diritti fondamentali dell'uomo rendono possibile, adesso, operare un tentativo di rilettura delle regole civilistiche orientata, più che sull'ormai vetusto riferimento alla *sfera patrimoniale* del soggetto, verso una più moderna attenzione alla sua *sfera personale*.

La denunciata incomunicabilità tra il sistema di diritto privato e le tematiche proprie dei diritti fondamentali – si diceva – trova il suo principale alimento e spunto nei concetti di *proprietà e disponibilità* che caratterizzano le categorie civilistiche e che, nello stesso tempo, sono antipodi rispetto a tutti quegli intangibili attributi della personalità i quali, in senso globale, potrebbero definirsi come *dignità umana*. Le azioni dispositive e di fruizione del diritto di proprietà, infatti, sembrano cagionare una potenziale disparità tra individui, dovuta alla possibilità riconosciuta a ciascuno di essi di godere dei propri beni fino all'eventualità, del tutto legittima, di spogliarsi di questi in favore di altri che, a loro volta, incrementerebbero il proprio patrimonio a discapito del soggetto alienante. Tale circostanza, chiaramente, è

⁴⁸ In maniera suggestiva, P. Perlingieri afferma che "l'uomo è al centro dell'ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico è in funzione dell'uomo, non dello Stato" (*La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 25).

⁴⁹ S. Mazzaresse, *op. cit.*, p. 190.

intrinsecamente contraria alla caratteristica irrinunciabilità che connota i diritti fondamentali e dalla quale, pure, deriva l'idea di eguaglianza tra umani ad essi sottesa.

Una concezione di tal genere, tuttavia, non sembra tener conto di almeno due fattori: degli evoluti bisogni umani, dipendenti dalle attuali tendenze sociali e, d'altro canto, della differenza – terminologica e concettuale – tra *irrinunciabilità* ed *indisponibilità* di un diritto. A tal proposito, sarà bene esaminare questi concetti in maniera approfondita e distinta, poiché soltanto in tal modo sarà possibile valutare se – e fino a che punto – sono conciliabili le categorie privatistiche (connotate dalla loro forte carica di *patrimonialità*), con le caratteristiche proprie dei diritti fondamentali. La predetta analisi, ovviamente, dovrà essere condotta tenendo ben presente, come criterio ermeneutico, l'idea di *uomo* quale strumento unificatore ed univoco punto di contatto tra i differenti insiemi.

I rapidi mutamenti sociali, che connotano l'attuale epoca storica, sembrano tutti irrevocabilmente orientati verso una sempre più spiccata esigenza di sviluppo e tutela della personalità – complessivamente intesa – dell'individuo, con un particolare accento “su un oggettivo benessere della persona che asseconi le sue esigenze biologiche, psicologiche ed affettive”⁽⁵⁰⁾. In tale prospettiva si iscrivono una serie di provvedimenti normativi – di diritto interno e di derivazione comunitaria – che, seppur inserendosi a pieno titolo nel sistema gius-privatistico, sono indiscutibilmente volti ad evidenziare alcuni diritti che, senza forzature, potrebbero definirsi fondamentali per qualunque soggetto. Soltanto per citare qualche esempio (e senza alcuna pretesa di esaustività) potremmo riferirci a tutte quelle disposizioni di legge che, nel loro complesso, fondano lo <<statuto del consumatore>>⁽⁵¹⁾ o regolamentano la possibilità, per ciascun individuo, di costruirsi una sorta di nicchia di riservatezza e di difendere questa contro indebite intromissioni esterne⁽⁵²⁾. Con riferimento alla famiglia, inoltre, possono essere citate le norme che, poco alla volta, equiparano la società coniugale ad un rapporto di

⁵⁰ P. Perlingieri, *op. cit.*, p. XI.

⁵¹ Cfr. D. Lgs. 15 gennaio 1992 n° 50, sui contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali. D. Lgs. 17 marzo 1995 n° 111, in tema di tutela dell'acquirente di pacchetti turistici. L. 6 febbraio 1996 n° 52, che ha introdotto la disciplina dei contratti del consumatore. L. 30 luglio 1998 n° 281, sui diritti dei consumatori e degli utenti; D. Lgs. 2 febbraio 2002 n° 24, sulla vendita dei beni di consumo.

⁵² Cfr. L. 31 dicembre 1996 n° 675, in tema di tutela avverso l'indebito trattamento di dati personali.

fatto fondato sulla mera scelta di convivenza *more uxorio*⁽⁵³⁾; o, ancora, le prescrizioni poste in favore del minore – sottolineando il suo diritto a trovare una proficua collocazione all'interno di una comunità di affetti⁽⁵⁴⁾ – e, in genere, del soggetto maggiormente bisognoso di protezione contro gli eventuali abusi realizzati da qualche componente della famiglia⁽⁵⁵⁾. Con riguardo, infine, alla tutela della salute, si devono menzionare tanto la possibilità di privarsi di una parte del proprio corpo, al fine solidaristico di permettere un trapianto⁽⁵⁶⁾, quanto la regolamentazione delle conseguenze giuridiche del cambiamento di sesso⁽⁵⁷⁾.

L'insieme di queste disposizioni – insieme ad altre che si è ommesso, per brevità, di citare – conduce verso una constatazione di segno univoco: il concetto di *uomo universale*, come sopra delineato, costituisce in sé un vero e proprio valore centrale di riferimento, inteso non solo e non più quale monade governata da meri impulsi egoistici, patrimoniali e volti al perseguimento del profitto individuale, ma come componente attivo di una società attenta ai fini solidaristici, seppure nel pieno rispetto dei bisogni del singolo. Tale osservazione, allora, provoca una ulteriore e conseguente riflessione, relativa al rapporto tra diritti fondamentali e diritto privato, attraverso l'elemento unificatore costituito dall'importanza da attribuirsi (e già, in parecchi casi, attribuita) alla persona. Se, infatti, l'*uomo*, con i suoi interessi e le sue aspettative, rappresenta il vero scopo delle regole privatistiche; se, inoltre, l'*uomo* stesso trova, come entità *universale*, piena esplicazione e tutela in quei diritti che sogliono essere definiti fondamentali; se, infine, non pare essere più dotato di alcuna validità costituire un complesso normativo, che regoli i rapporti interprivati, su base esclusivamente territoriale ed esaltando il concetto di cittadinanza, allora la conseguenza non può che essere un capovolgimento funzionale delle strutture giuridiche poste in rapporto. Il sistema di diritto privato, infatti, ormai lungi dall'essere considerato come mero contenitore delle tutele civilistiche dei diritti fondamentali, pare essere modernamente suscettibile di una approfondita rilettura, da realizzarsi attraverso le qualità e le caratteristiche proprie degli stessi diritti fondamentali. In

⁵³ Da ultimo, cfr. la L. 19 febbraio 2004 n° 40, che consente la possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie conviventi *more uxorio*.

⁵⁴ Cfr. L. 4 maggio 1983 n° 184, sul diritto del minore ad una famiglia, insieme alle modifiche ad essa apportate dalla L. 28 marzo 2001 n° 149.

⁵⁵ Cfr. L. 4 aprile 2001 n° 154, che ha apprestato una serie di efficaci misure contro la violenza nelle relazioni familiari.

⁵⁶ Cfr. L. 1 aprile 1999 n° 91, in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti

⁵⁷ Cfr. L. 14 aprile 1982 n° 164, che regola la rettificazione di attribuzione di sesso.

altri termini, i diritti umani non devono necessariamente rappresentare un fine assoluto, innanzi il quale anche il diritto privato si piega, offrendo i propri strumenti e rimanendo, al contempo, estraneo ad essi. Le categorie civilistiche, invece, possono essere profondamente ripensate ed orientate, appropriandosi di quel concetto di centralità dell'uomo che, come osservato, costituisce il più intimo presupposto dell'intera teoria dei diritti umani. La più diretta conseguenza – oltre che il maggiore vantaggio – di una siffatta impostazione, inoltre, consiste in una cura concreta e quotidiana delle reali esigenze dell'uomo, attraverso la costante applicazione di semplici norme civilistiche, sebbene interpretate secondo il nuovo canone ermeneutico, piuttosto che mediante enunciazioni solenni destinate, il più delle volte, a rimanere prive di effettiva applicazione.

La rivisitazione delle categorie privatistiche così orientata, infine, consente di superare, anche, quell'ulteriore fattore di incomunicabilità – sopra denunciato – cui dà vita il carattere *patrimoniale*, normalmente sotteso agli istituti civilistici e poco coerente con le caratteristiche intrinseche dei diritti fondamentali dell'individuo. La *patrimonialità*, infatti, se esaminata in trasparenza rispetto al valore primario della persona ed alla rilevanza sociale di determinati comportamenti, trascolora “favorendo la demarcazione fra le <<vecchie gratuità-liberalità>> (di natura esclusivamente patrimoniale, come i contratti a titolo gratuito e le donazioni) e le <<nuove gratuità-liberalità>> (di natura, invece, non patrimoniale, come le donazioni di sangue, di organi e di tessuti umani o le attività di volontariato)⁽⁵⁸⁾).

La centralità dell'idea di *uomo*, quale canone ermeneutico delle categorie privatistiche, consente, inoltre, una rivisitazione del carattere di presunta – e dogmatica – indisponibilità dei diritti fondamentali. La principale specificazione che occorre compiere, a tal proposito, è data dalla differenza terminologica, cui prima si accennava, esistente tra *irrinunciabilità* e *indisponibilità* di un diritto. In particolare, con *irrinunciabilità* si intende l'impossibilità di estinzione del diritto, per volontà o per fatto del suo titolare; con *indisponibilità*, invece, si allude alla mancanza, in capo al titolare, della facoltà di porre in essere atti di esercizio del diritto, dai quali dipenda una compressione, anche temporanea, del diritto in questione senza che, al contempo, si realizzi una dismissione definitiva di esso. Date, dunque, queste premesse

⁵⁸ S. Mazzaresse, *op. cit.*, p. 201, nt. 66.

definitorie, potrebbe fondatamente sostenersi che i diritti fondamentali sono disponibili da parte di ogni singolo individuo – il quale potrebbe, ad esempio, impegnarsi negozialmente ad una certa modalità di esercizio senza, al contempo, privarsi della titolarità – ma non rinunciabili se non, in teoria, dall’intera ed unanime comunità dei soggetti tutelati. Una eventuale negazione della potestà dispositiva (e non rinunciativa) del singolo si tradurrebbe, fatalmente, in una indebita compressione della libertà di questi, in nome di un malinteso interesse della collettività⁽⁵⁹⁾.

Le riflessioni compiute conducono, dunque, ad intravedere concrete prospettive di dialogo tra i diritti umani ed il diritto privato. Le inevitabili diversità esistenti tra i differenti sistemi, infatti, perdono di effettiva consistenza soltanto attraverso il ruolo unificante svolto dal concetto di *uomo*. Esso, infatti, da un canto si pone quale collante tra le eterogenee concezioni teoriche – sopra esaminate – dei diritti fondamentali. Per altro verso, invece, la figura di *uomo* rappresenta il modello attorno al quale è possibile operare una moderna lettura delle categorie civilistiche, attraverso uno “spostamento del primariato delle situazioni soggettive patrimoniali a quello delle situazioni soggettive strettamente connesse allo sviluppo della persona umana”⁽⁶⁰⁾.

8.- *Una verifica in chiave comparativa. Lo Human Rights Act, 1998 in Inghilterra.*

Le considerazioni appena spiegate – circa la potenzialità di reciproche interazioni tra i diritti umani ed il diritto privato – possono essere sottoposte ad una concreta verifica, attraverso

⁵⁹ A tal proposito, ritorna utile rammentare un singolare caso verificatosi in Francia, intorno alla metà degli anni novanta del secolo scorso. Un tale, di nome Manuel Wackenheim, era affetto da nanismo e, insieme con una società che si occupava di intrattenimento nelle discoteche, aveva ideato quello che fu definito “il gioco dei nani”. Tale particolare (e discutibile) divertimento consisteva nel far sì che gli avventori del locale ove il sig. Wackenheim si esibiva potessero afferrare costumi e, quindi, lanciarlo quanto più lontano possibile, sopra dei materassi ben imbottiti. Tale bizzarra occupazione garantì allo stesso Wackenheim una certa notorietà (dato che questi era regolarmente ospite in numerosi programmi televisivi di approfondimento e costume) e consistenti compensi. Il gioco, tuttavia, dovette cessare quando il Consiglio di Stato francese – investito del caso in seguito ad alcune delibere, cassate dai Tribunali amministrativi, adottate da sindaci che vietavano lo svolgimento del gioco nelle città da loro amministrate – proibì la manifestazione, asserendo la contrarietà di questa ad inderogabili principi di ordine pubblico. In particolare, i giudici amministrativi sostennero che “la salvaguardia della dignità umana – nella specie rilevante quale componente dell’ordine pubblico – è principio assoluto che non tollera limitazioni neanche ad opera del suo stesso titolare” (G. Resta, *Disponibilità dei diritti fondamentali e commercializzazione: prime note sul <<sistema>> della carta dei diritti*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 243). Tale decisione, evidentemente, ha tratto spunto da una concezione paternalistica dello Stato, in base alla quale soltanto a quest’ultimo spetta stabilire fino a che punto possa spingersi la possibilità di autodeterminazione dell’individuo, anche in ordine alla disponibilità (non alla rinunciabilità) di un proprio diritto fondamentale, senza che con ciò si verifichi una lesione degli altri titolari.

⁶⁰ P. Perlingieri, *op. cit.*, p. IX.

una breve indagine, di natura comparativa, sugli effetti prodotti dallo *Human Rights Act, 1998* nel sistema giuridico inglese. Una analisi di tal fatta, a nostro avviso, trova la propria ragion d'essere in quanto il predetto provvedimento legislativo rappresenta una importante esperienza di riduzione a diritto statutale, con tutta la propria forza cogente, di una Carta declaratoria dei diritti fondamentali dell'individuo, sviluppata a livello transnazionale.

Come è noto, infatti, lo *Human Rights Act, 1998* – entrato in vigore in Inghilterra il 2 ottobre del 2000 – riproduce, con minimi adattamenti, il testo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo elaborata, nel 1950, dalla Comunità Europea. Tale operazione normativa ha assunto una importanza nodale, all'interno del sistema giuridico inglese, “dando luogo ad una silenziosa rivoluzione”⁽⁶¹⁾, in particolar modo per quel suo esplicito valore di canone ermeneutico, che maggiormente interessa ai fini della cercata verifica.

La legge in questione, invero, non si limita ad una elencazione declaratoria dei diritti fondamentali, in quanto contiene in sé anche alcune disposizioni, di natura interpretativa, utili ad una rilettura – da parte dei giudici – dell'intero sistema normativo inglese, in chiave di salvaguardia dei principi contenuti nella Convenzione europea.

In particolare, la *section 2* dello *Human Rights Act* prevede la prescrizione – per le corti ed i tribunali inglesi, che siano tenuti a decidere una controversia attinente, in qualche modo, ai contenuti della Convenzione – di applicare la legge, tenendo conto di ogni decisione, dichiarazione o parere emessi dalla Corte di Strasburgo. La successiva *section 3* stabilisce, inoltre, il dovere per le corti di “applicare un nuovo principio interpretativo che consiste nel leggere ed applicare, per quanto possibile, sia la legislazione di rango primario sia quella di rango secondario, in modo conforme alla Convenzione, nonché in maniera che a quest'ultima venga data piena effettività”⁽⁶²⁾. La *section 19*, infine, dispone l'obbligo, per il Ministro che propone una nuova legge, di presentare, nel corso dell'*iter* parlamentare, uno *statement*, il quale attesti l'aderenza del provvedimento normativo al contenuto della Convenzione o, nel caso in

⁶¹ S. Banakas, *Lo Human Rights Act del 1998 ed i suoi effetti sul diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 31.

⁶² M. E. Marino, <<The Human Rights Act 1998>>: *appunti e interrogativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 572. La sezione 4, inoltre, “autorizza le Corti, nell'ipotesi in cui la normativa interna indichi una “*mens legis*” in contrasto con quella della Convenzione stessa, ad emettere una dichiarazione di incompatibilità che, pur priva di effetti pratici nella decisione del singolo caso, determina le premesse per una rapida riforma parlamentare che elimini la contraddizione tra diritto interno e fonte convenzionale” (M. Serio, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, p. 45).

cui non dovesse sussistere siffatta conformità, spieghi le ragioni di una simile distanza e le motivazioni che, ciononostante, sollecitano l'approvazione della proposta in questione.

Gli effetti delle citate disposizioni sono, indubbiamente, di portata ben più vasta rispetto al loro semplice tenore letterale, con una valenza tanto sulle stratificazioni normative del passato, quanto sulle future leggi. Da un lato, infatti, i giudici sono indotti ad adottare un metodo logico-argomentativo del tutto simile a quello normalmente utilizzato nei giudizi innanzi la Corte di Strasburgo⁽⁶³⁾, nonché a rivisitare le norme esistenti – di natura legislativa, giurisprudenziale o consuetudinaria – interpretandole alla luce dei principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tale circostanza, dunque, a cagione del carattere vincolante del precedente giudiziario inglese, comporta una rinnovata inclinazione delle regole preesistenti – anche, ovviamente, di natura privatistica – verso una piena attenzione alle esigenze ed ai diritti dell'uomo. Per altro verso, lo stesso Parlamento, nella sua funzione legislativa, è indotto ad emanare nuove norme che – salvo motivate ragioni – siano perfettamente compatibili con il rispetto dovuto ai diritti fondamentali.

Un ultimo spunto di particolare interesse si coglie con riferimento all'efficacia orizzontale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ossia alla possibilità di invocare i principi in essa contenuti anche nei rapporti tra i cittadini, oltre che nelle controversie instaurate da un soggetto privato avverso la pubblica amministrazione. Il tema acquista un rilievo particolare, in quanto soltanto ammettendo la predetta efficacia orizzontale può realizzarsi una completa compenetrazione dei concetti propri dei diritti fondamentali con le regole civilistiche che governano i rapporti tra gli individui. Il problema enunciato è stato risolto, in via indiretta, mediante il combinato del capoverso della *section 6* dello *Human Rights Act* con il paragrafo 3 dello stesso articolo. La prima disposizione, infatti, stabilisce l'obbligo per ogni *public authority* di adeguare i propri atti al contenuto della Convenzione europea; il paragrafo 3, a sua volta, considera *public authorities* le corti ed i tribunali. In tal modo, allora, nessun giudice “potrà venire meno al dovere dell'osservanza di questo preciso obbligo in ogni controversia

⁶³ Cfr. J. Whadam, H. Mountfield, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Londra, 1999, p. 30.

sottoposta alla sua cognizione (quindi nelle vertenze fra Stato e soggetti privati come in quelle tra privati)”(64).

Tutte le considerazioni appena svolte, in forma riepilogativa, conducono verso un risultato univoco. Lo *Human Rights Act* inglese dimostra pienamente come sia possibile operare una lettura delle categorie e delle regole privatistiche – oltre che, naturalmente, di diritto pubblico – decisamente orientata verso la tutela della dignità dell’essere umano ed il rispetto pedissequo dei suoi diritti fondamentali(65). L’assunzione, infatti, del valore *uomo* come elemento cardine dell’intero ordinamento civilistico consente una effettiva e, finalmente, concreta attenzione rivolta alla protezione ed alla promozione della persona, realizzata non più mediante vacue enunciazioni declaratorie quanto, al contrario, attraverso una teleologicamente orientata applicazione di istituti giuridici, già esistenti, quotidianamente adoperati nella regolamentazione dei rapporti interprivati.

⁶⁴ M. E. Marino, *op. cit.*, p. 583.

⁶⁵ D. Friedmann, D. Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2001, *passim*.