

SUI FONDAMENTI DEI DIRITTI FONDAMENTALI. UN APPROCCIO MULTIDISCIPLINARE

1. Quattro significati di “fondamento” dei diritti fondamentali. – 2. Il fondamento teorico. – 3. Il fondamento etico-politico. – 3.1. Dignità della persona. – 3.2. Uguaglianza. – 3.3. Tutela dei soggetti più deboli. – 3.4. Pace. – 4. Il fondamento giuridico. – 5. Il fondamento sociologico. – 6. Le divaricazioni tra dover essere ed essere del diritto. Le violazioni dei diritti fondamentali.

1. Quattro significati di “fondamento” dei diritti fondamentali

La prima cosa che dobbiamo chiarire, quando parliamo di “fondamenti” dei diritti fondamentali, è ciò che intendiamo con la parola “fondamento” riferita a “diritti fondamentali”. Di solito, nel dibattito giuridico e filosofico, si contrappongono, o peggio si confondono, a proposito del problema dei fondamenti di tali diritti, punti di vista e approcci disciplinari diversi, con conseguenti falsi dissensi e fallacie ideologiche.

Sarà dunque utile distinguere quattro diversi significati di questa parola, corrispondenti al “fondamento” dei diritti fondamentali identificato da altrettanti approcci disciplinari: un fondamento *teorico*, formulato dalla teoria del diritto; un fondamento *assiologico*, espresso dalla filosofia politica o della giustizia; un fondamento *giuridico*, fornito dal diritto positivo e perciò enunciato dalla scienza giuridica; un fondamento *empirico* o fattuale, rilevato dalla storiografia giuridica e della sociologia del diritto¹.

2. Il fondamento teorico

In un primo significato la parola “fondamento dei diritti fondamentali” designa la *ragione* o il *fondamento teorico* della nozione stessa di “diritti fondamentali”. Tale fondamento risiede nella capacità esplicativa e nella portata empirica della definizione teorica di tali diritti. Equivale, in altre parole, al fondamento della risposta, data dalla *teoria del diritto*, alla domanda “cosa sono i diritti fondamentali?”. Equivale perciò al criterio che consente di identificare sul piano

¹ Ho distinto questi diversi fondamenti dei diritti fondamentali, corrispondenti ad altrettanti approcci disciplinari, in L. Ferrajoli (2001, 121-34 e 279-82). La distinzione tra i diversi statuti epistemologici delle quattro risposte alla nostra domanda sui fondamenti dei diritti fondamentali può essere peraltro operata con riferimento ai diversi punti di vista dai quali può essere guardato, in generale, qualunque fenomeno giuridico (sulla questione *cfr.* L. Ferrajoli, 2007a, 8-20; 2007b, 39-43).

concettuale i diritti fondamentali entro la più ampia classe dei diritti soggettivi. La definizione che a me è parsa più feconda, o se si vuole più “fondata”, è quella che identifica i diritti fondamentali con tutti *quei diritti che sono ascripti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire*, e che sono perciò indisponibili e inalienabili.

Si tratta, evidentemente, di una definizione *convenzionale* o *stipulativa*, che diversamente dai concetti della dogmatica, come per esempio “mutuo” o “furto”, che ammettono definizioni lessicali ancorate ai loro usi da parte del legislatore, è il frutto, al pari di tutte le definizioni teoriche, di una convenzione né vera né falsa ma solo più o meno adeguata alle finalità esplicative della teoria². Si tratta, inoltre, di una definizione che, non diversamente da tutte le altre definizioni teoriche, ha un carattere puramente *formale* o *strutturale*. Essa non ci dice “quali sono”, ma solo “cosa sono” i diritti fondamentali, identificando la forma o struttura logica di quei diritti che conveniamo di chiamare “fondamentali”. Ci dice, ma non è poco, che i diritti fondamentali sono diritti *universali*, quindi indisponibili: inalienabili, e si distinguono perciò dai diritti patrimoniali, come i diritti reali e i diritti di credito, che sono al contrario diritti singolari, disponibili e alienabili. Ci dice inoltre che se vogliamo garantire un diritto come “fondamentale” dobbiamo sottrarlo così alla disponibilità della politica come a quella del mercato formulandolo nella forma di una regola generale e perciò conferendolo ugualmente a “tutti”; sicché, qualora un diritto fondamentale fosse reso disponibile e alienabile, cioè fosse mercificato, esso cesserebbe di essere un diritto fondamentale e si trasformerebbe in un diritto patrimoniale (L. Ferrajoli, 2001; 2007a; 2007b).

3. Il fondamento etico-politico

In un secondo significato, certamente il più diffuso, “fondamento dei diritti fondamentali” designa la *giustificazione* o il *fondamento assiologico* di quei valori o principi di giustizia che sono i diritti fondamentali: in altre parole, il fondamento della risposta, data dalla *filosofia politica* o se si preferisce dalla *filosofia della giustizia*, alla domanda “quali diritti *devono essere* (o è *giusto* che siano) garantiti come fondamentali?”. È questa, evidentemente, una questione di tipo assiologico che ammette risposte di tipo non già assertivo bensì normativo, la cui fondazione razionale richiede la formulazione di criteri meta-etici, meta-politici e meta-giuridici idonei a identificarli. Tali risposte esprimono il punto di vista assiologico esterno al diritto positivo: non dunque il punto di

² Su questo diverso metodo di formazione dei concetti della dogmatica e di quelli della teoria del diritto, cfr. L. Ferrajoli (1983, 81-130; 2007a, 8-20).

vista giuridico-positivo ma quello etico-politico, o se si vuole giusnaturalistico. Sommarariamente, a me pare, questi criteri sono quattro, tra loro connessi: la dignità personale, l'uguaglianza, la tutela dei soggetti più deboli e la pace.

3.1. Dignità della persona

Il primo criterio è la *dignità della persona*. La differenza e la contrapposizione tra diritti patrimoniali singolari e diritti fondamentali universali e, di riflesso, tra valore relativo e valore intrinseco, tra sfera del disponibile o del mercato e sfera dell'indisponibile o della dignità, può ben essere fondata sull'opposizione kantiana tra "ciò che ha un prezzo" e "ciò che non ammette equivalente". «Ciò che ha un prezzo», scrive Kant, «può essere sostituito con qualcosa d'altro a titolo equivalente; al contrario, ciò che è superiore a quel prezzo e che non ammette equivalente è ciò che ha una dignità. (...) Ciò che permette che qualche cosa sia fine a se stessa (*Zweck an sich selbst*) non ha solo un valore relativo, e cioè un prezzo, ma ha un valore intrinseco, e cioè una dignità» (I. Kant, 1785, 103). E ciò che «possiede una *dignità* (un valore interiore assoluto)», aggiunge Kant, non è altro che «l'uomo considerato come *persona*, il quale è elevato al di sopra di ogni prezzo, perché come tale (*homo noumenon*) egli deve essere riguardato, non come un mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé: vale a dire egli possiede una *dignità* (un valore interiore assoluto), per mezzo della quale costringe al *rispetto* di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo» (I. Kant, 1797, 294)³.

Ma che cosa garantisce la dignità della persona? Sono quei diritti fondamentali che assicurano il "rispetto", di cui parla Kant, della sua identità di persona: da un lato, i *diritti di libertà* che sono tutti – dalla libertà personale alla libertà di coscienza, dalla libertà di pensiero ai diritti di autonomia civile e politica – diritti all'affermazione, alla tutela e alla valorizzazione di tutte le *differenze* di identità che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da qualunque altro e di ciascun individuo una persona uguale a tutte le altre; dall'altro, i *diritti sociali* alla sopravvivenza che sono tutti – dai diritti alla salute e all'istruzione ai diritti alla sussistenza e alla previdenza – diritti alla riduzione delle *disuguaglianze* nelle condizioni di vita, le quali non hanno a

³ Più oltre, aggiunge Kant (1797, 333-4): «L'umanità in se stessa è una dignità, poiché l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro, e neppure da lui stesso) come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità (la sua personalità). (...) Come l'uomo non può vendere se stesso per nessun prezzo (ciò che sarebbe contrario al dovere della stima verso se stesso), così egli non può agire contrariamente al rispetto che gli altri devono necessariamente a loro stessi come uomini, vale a dire egli è obbligato a riconoscere praticamente la dignità dell'umanità in ogni altro uomo».

che fare con l'identità delle persone, bensì con le loro discriminazioni o disparità di carattere economico e materiale.

3.2. Uguaglianza

Di qui il secondo fondamento assiologico dei diritti fondamentali: *l'égalité en droits* (ovviamente fondamentali) proclamata dall'art. 1 della *Déclaration* del 1789, che è un principio complesso, che impone la tutela delle differenze e la riduzione delle disuguaglianze. È questo il senso dell'universalismo dei diritti: la sua equivalenza con il principio di uguaglianza, che comporta il rispetto delle differenze tramite la garanzia dei diritti di libertà e la riduzione delle disuguaglianze tramite la garanzia dei diritti sociali, opponendosi alle oppressioni e alle discriminazioni delle prime e allo sviluppo sregolato delle seconde. Ed è questo, altresì, il duplice significato normativo dell'uguaglianza proclamata dai due commi dell'art. 3 della Costituzione italiana: il primo comma sulla «pari dignità sociale» delle persone, cioè sull'uguale valore delle loro differenze «di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»; il secondo sul compito della Repubblica di rimuovere «le disuguaglianze economiche e materiali». Esiste infatti un nesso biunivoco tra uguaglianza e, da un lato, dignità, identità e differenze e, dall'altro, rimozione o riduzione delle disuguaglianze.

3.3. Tutela dei soggetti più deboli

Ne consegue un terzo criterio assiologico in grado di suggerire quali diritti è giustificato stabilire come fondamentali: il ruolo di tali diritti come *leggi del più debole*. Tutti i diritti fondamentali sono (e si giustificano in quanto) leggi del più debole in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza: in primo luogo il diritto alla vita, contro la legge di chi è più forte fisicamente; in secondo luogo i diritti di immunità e di libertà, contro la legge di chi è più forte politicamente; in terzo luogo i diritti sociali, che sono diritti alla sopravvivenza contro la legge di chi è più forte socialmente ed economicamente. Anche sul piano storico, del resto, si può affermare che tutti i diritti fondamentali sono stati sanciti, nelle diverse carte costituzionali, come il risultato di movimenti di lotta o di rivoluzioni che di volta in volta hanno lacerato il velo di normalità e naturalità che occultava una precedente oppressione o discriminazione. Sempre questi diritti sono stati conquistati come altrettante limitazioni di poteri altrimenti selvaggi e a difesa dei soggetti più deboli contro la legge del più forte – chiese, sovrani, maggioranze, apparati polizieschi o giudiziari, datori di lavoro, potestà paterne o maritali – che viveva in loro assenza. Ed hanno corrisposto, ogni

volta, a un “mai più” stipulato contro la violenza o la prevaricazione generate dall’assenza di limiti e di regole.

Ne deriva non solo il superamento del conflitto, da più parti stranamente lamentato, tra le garanzie del multiculturalismo e l’universalismo dei diritti fondamentali⁴, ma, all’opposto, l’implicazione delle une da parte dell’altro. Proprio perché i diritti fondamentali sono sempre leggi del più debole contro la legge del più forte, essi valgono, quali diritti dell’individuo, a proteggere le persone anche – e talora soprattutto – contro le loro culture e perfino contro le loro famiglie: la donna contro il padre o il marito, il minore contro i genitori, in generale gli oppressi contro le loro culture oppressive, incluse le loro religioni. Non dimentichiamo che il primo diritto di libertà affermato storicamente alle origini dello Stato moderno fu la libertà religiosa e di coscienza, che è essenzialmente un “diritto culturale” – equivalente alla libertà e alla tolleranza di tutte le differenze d’identità, sia religiose che ideologiche o culturali – il cui riconoscimento pose fine in Europa alle guerre di religione. L’universalismo dei diritti fondamentali, insomma, non solo non si oppone al multiculturalismo, ma ne è la principale garanzia.

3.4. Pace

Vengo così al quarto criterio assiologico di fondazione dei diritti fondamentali: il nesso tra diritti umani e *pace*, espressamente enunciato nel preambolo alla Dichiarazione universale del 1948. Devono essere garantiti come diritti fondamentali tutti quei diritti vitali dalla cui garanzia dipende la convivenza pacifica: il diritto alla vita e all’integrità personale, i diritti civili e politici, i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali alla sopravvivenza; in breve, tutti i diritti senza la cui tutela e soddisfazione la convivenza degenera nella violenza oppressiva dei più forti o in quella della rivolta dei più deboli. Su questioni vitali, infatti, come sono quelle che formano l’oggetto di tali diritti, non ci si lascia mettere in minoranza. Per questo esse rientrano in quella che ho chiamato la “sfera dell’indisponibile”. È solo nella sfera del disponibile e del decidibile, rimessa appunto alla discrezionalità della politica e all’autonomia del mercato, che operano il principio di maggioranza e il confronto pacifico tra opinioni dissenzianti e interessi diversi e contrapposti. Si sono perciò affermate come fondamentali tutte le diverse generazioni di diritti la cui garanzia si è volta a volta rivelata come condizione della pace e la cui violazione giustifica non il dissenso ma la

⁴ Di solito questo conflitto viene sostenuto sulla base di una concezione diversa e a mio parere fallace dell’universalismo dei diritti fondamentali: quale universalità del consenso e non già dei loro titolari. *Cfr.*, in questo senso, L. Baccelli (1999); D. Zolo (2000, 106-11).

rivolta, fino all'esercizio, come proclamarono molte costituzioni settecentesche, del diritto di resistenza: dapprima i diritti alla vita, all'integrità e alla libertà personale, secondo il paradigma hobbesiano e paleo-liberale, contro la legge del più forte propria dello stato di natura; successivamente – in un mondo come quello odierno, in cui sopravvivere è sempre meno un fatto naturale e sempre più un fatto artificiale – i diritti sociali alla salute, all'istruzione e alla sussistenza, dalla cui soddisfazione dipendono, nelle società odierne, i minimi vitali.

4. Il fondamento giuridico

In un terzo significato, “fondamento dei diritti fondamentali” designa la fonte o il fondamento giuridico, di diritto positivo, di quelle situazioni soggettive che sono appunto i diritti fondamentali: in altre parole il fondamento della risposta alla domanda “quali sono i diritti fondamentali?” data dal diritto positivo, e perciò dalla dogmatica costituzionalistica o internazionalistica, da un punto di vista interno al diritto positivo. La risposta a questa domanda, evidentemente, è che sono diritti fondamentali, per esempio, nell'ordinamento italiano o francese, quei diritti universali e indisponibili sanciti dal diritto positivo italiano e francese. Sono diritti fondamentali, nell'ordinamento europeo, quelli stabiliti dalla Convenzione europea del 1951 e poi dalla Carta dei diritti dell'Unione stipulata con il Trattato di Lisbona. Sono diritti fondamentali, nel diritto internazionale, quei diritti universali sanciti dalla Dichiarazione universale del 1948, dai Patti internazionali del 1966 e dalle altre convenzioni internazionali sui diritti umani. In questo senso, il fondamento giuridico dei diritti fondamentali si identifica con il principio giuspositivistico di legalità. E la risposta alla nostra domanda è di competenza della dogmatica positiva: sono “fondamentali”, in un dato ordinamento, quei diritti che le norme ad esso appartenenti attribuiscono universalmente a tutti in quanto persone o cittadini e/o capaci d'agire. Ne deriva che tali diritti, se stabiliti in costituzioni rigide, operano come limiti e vincoli alla produzione normativa da parte dei pubblici poteri ad esse subordinati; e che la loro costituzionalizzazione, generando virtualmente lo spazio del *diritto illegittimo*, comporta un mutamento di paradigma così del diritto come della democrazia.

Nelle democrazie dotate di costituzione rigida e del controllo giurisdizionale di costituzionalità, infatti, perché le norme siano valide non basta il rispetto delle forme della loro produzione. È necessaria, altresì, per la loro *validità sostanziale*, la compatibilità dei loro significati con quelli espressi dalle norme costituzionali. Queste norme, con le quali vengono positivizzati diritti fondamentali e principi di giustizia, investendo la sostanza delle norme prodotte, possono ben essere chiamate *norme sostanziali sulla produzione*.

Ed esprimono quella che possiamo chiamare la *dimensione sostanziale* o *costituzionale* della democrazia dato che dettano limiti e vincoli di contenuto ai poteri altrimenti illimitati della maggioranza. Esse circoscrivono quella che ho chiamato la *sfera dell'indecidibile*: la sfera dell'*indecidibile che*, determinata dall'insieme dei diritti di libertà e di autonomia, i quali impongono limiti, cioè divieti di lesione la cui violazione genera *antinomie*; e la sfera dell'*indecidibile che non*, determinata dall'insieme dei diritti sociali, i quali impongono vincoli, cioè obblighi di prestazione la cui inottemperanza genera *lacune*. Solo ciò che resta fuori da questa sfera è la *sfera del decidibile* sulla base dell'esercizio dei diritti di autonomia: dell'autonomia politica, mediata dalla *rappresentanza*, nella produzione delle decisioni pubbliche; dell'autonomia privata, direttamente esercitata sul *mercato*, nella produzione delle decisioni private⁵.

Questa struttura multidimensionale della democrazia, comportando la subordinazione anche della legge ai principi e ai diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, determina, da un lato, un completamento dello Stato di diritto, dato che vale a subordinare anche il legislatore alla legge, e precisamente alla Costituzione, non solo quanto alle forme della produzione giuridica ma anche quanto ai contenuti normativi prodotti; dall'altro, un completamento e un allargamento del positivismo giuridico, dato che grazie ad essa risulta positivizzato non solo l'“essere” ma anche il “dover essere” del diritto, non solo la sua esistenza ma anche le finalità che devono presiedere alla sua produzione. D'altro canto, solo l'imposizione di limiti e vincoli ai poteri della maggioranza ad opera di norme costituzionali ad essi rigidamente sopra-ordinate è in grado di porre al riparo da se medesima, cioè dagli eccessi di un potere di maggioranza illimitato, la stessa democrazia politica o formale. Non a caso il paradigma della democrazia costituzionale, protetto dalla rigidità delle costituzioni, si è imposto e generalizzato all'indomani della Seconda guerra mondiale, dopo le terribili esperienze del nazismo e del fascismo che certamente avevano goduto di vasti consensi di maggioranza.

Aggiungo che i diritti fondamentali stabiliti nelle costituzioni, se per un verso valgono a limitare la democrazia politica, per l'altro valgono a integrar-

⁵ Sulla distinzione tra *sfera dell'indecidibile* e *sfera del decidibile* si veda L. Ferrajoli (2007a, 819-24 e 872-5; 2007b, 18-24, 303-5 e 548-52). Ho illustrato più volte, in opposizione alle concezioni puramente formali e procedurali della democrazia, il nesso biunivoco, generato dal paradigma del costituzionalismo rigido, tra il mutamento strutturale delle condizioni di validità delle leggi, relative non più solo alla forma degli atti legislativi ma anche ai loro contenuti normativi, e il mutamento strutturale delle condizioni di democrazia costituzionale, a loro volta connesse non più solo al “chi” e al “come”, cioè alla forma di produzione delle decisioni, ma anche al “che cosa”, cioè alla sostanza o al contenuto delle decisioni prodotte. Cfr. L. Ferrajoli (1990, 895-909 e 917, 926; 1993; 2001, 145-50 e 318-32; 2007a, 530-42; 2007b, cap. XIII).

la e, per così dire, a rafforzarla, insieme alla nozione, che è alle sue spalle, di “sovranità popolare”. Tutti i diritti fondamentali, infatti – non solo i diritti politici, ma anche i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali –, essendo conferiti ugualmente a tutti in quanto persone o cittadini, alludono al “popolo” intero, riferendosi a poteri e ad aspettative di *tutti*, ancor più dello stesso principio di maggioranza. La loro costituzionalizzazione, elevandoli a norme sovraordinate a qualunque altra, conferisce perciò ai loro titolari – ossia a tutti i cittadini in carne ed ossa – una collocazione a sua volta sopraordinata all’insieme dei pubblici poteri che al loro rispetto e alla loro garanzia sono vincolati e funzionalizzati. La sovranità popolare, comunemente espressa nelle costituzioni democratiche dal principio che essa “appartiene al popolo”, ne risulta ridefinita nell’unico senso nel quale è compatibile con l’inammissibilità di poteri *legibus soluti* nello Stato costituzionale di diritto: da un lato come *garanzia negativa*, in forza della quale essa appartiene al popolo e a nessun altro e nessuno, né assemblea rappresentativa, né maggioranza parlamentare, né presidente eletto dal popolo, può appropriarsene e usurparla o comunque invocarla come fonte di onnipotenza; dall’altro come *garanzia positiva*, nel senso che, non essendo il popolo un macrosoggetto, bensì l’insieme di tutti i consociati, la sovranità appartiene a tutti e a ciascuno, identificandosi con l’insieme di quei frammenti di sovranità, cioè di quei poteri e contropoteri che sono i diritti fondamentali di cui tutti e ciascuno sono titolari. La sovranità, in breve, è di tutti e (perciò) di nessuno⁶.

5. Il fondamento sociologico

Infine, in un quarto significato, “fondamento dei diritti fondamentali” designa l’*origine* o il *fondamento storico-sociologico* di quelle conquiste di civiltà giuridica che sono i diritti fondamentali: il fondamento, in altre parole, della risposta alla nostra domanda “quali sono i diritti fondamentali” concretamente affermatasi sul piano storico e di fatto soddisfatti sul piano fenomenologico; ovvero, “quali diritti, per quali ragioni, attraverso quali processi e con quale grado di effettività sono di fatto garantiti come fondamentali?”.

Questa terza domanda è evidentemente di pertinenza della *storiografia giuridica* e, per altro verso, della *sociologia del diritto*. Ed ammette quindi risposte empiriche argomentabili come vere, con riferimento però non già

⁶ Questo nesso tra diritti fondamentali e sovranità popolare è ben espresso dall’art. 34 della Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24 giugno 1793: «Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso. Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso».

alle norme che in un dato ordinamento conferiscono diritti, ma a quanto di fatto in esso accade o è accaduto. In breve, alla fenomenologia del diritto: alle lotte sociali e ai processi politici attraverso cui tali diritti sono stati prima affermati e rivendicati e poi conquistati e consacrati come fondamentali nelle leggi o nelle costituzioni; alle condizioni economiche, sociali, politiche e culturali della loro implementazione; al grado, infine, di tutela effettiva che di fatto è ad essi offerta dal concreto funzionamento dell'ordinamento oggetto d'indagine.

Sul piano storico lo sviluppo dei diritti fondamentali è avvenuto, come ha suggerito Norberto Bobbio (1990, 67ss.), in due direzioni: quella della loro *universalizzazione* e quella della loro *moltiplicazione*⁷. Nella prima direzione, quella dell'espansione e della generalizzazione dei loro titolari, il loro progresso è sempre avvenuto in nome dell'*indivisibilità* connessa alla loro *universalità*. Sempre questa indivisibilità e questa universalità hanno consentito, volta a volta, di contestare e poi di rimuovere le tante discriminazioni di *status* che in passato hanno variamente limitato la titolarità dei diritti politici e dei diritti civili ai soli cittadini maschi, alfabetizzati e possidenti. Con la sola eccezione delle discriminazioni legate alla cittadinanza, che resta l'ultimo fattore di differenziazione e di esclusione per nascita, almeno sulla carta la forma universale dei diritti fondamentali, grazie anche alla loro internazionalizzazione, si è ormai estesa a tutti gli essere umani.

Ma anche nella seconda direzione, quella della moltiplicazione, il motore dello sviluppo storico dei diritti fondamentali è sempre stato la loro forma universale e il principio di *uguaglianza* che di quella forma è un corollario. Tutte le diverse generazioni di diritti fondamentali sono state il frutto delle conquiste, estese volta a volta a tutti grazie alla loro forma universale, di altrettante generazioni di soggetti rivoluzionari: i diritti di libertà negativa e poi i diritti politici e le libertà di riunione e di associazione nelle prime carte settecentesche e ottocentesche generate dalle rivoluzioni liberali; poi i diritti dei lavoratori e il diritto di sciopero rivendicati e poi riconosciuti dalle leggi sul lavoro imposte dalle lotte operaie; poi, ancora, i tanti diritti sociali stipulati nelle costituzioni del Novecento grazie alla pressione dei partiti progressisti.

⁷ N. Bobbio (1988, 437-9) ha altresì distinto quattro diverse tappe nella storia della progressiva affermazione dei diritti dell'uomo: la loro *costituzionalizzazione* nelle dichiarazioni dei diritti inserite nelle prime costituzioni, che li ha trasformati da diritti naturali in "diritti pubblici soggettivi"; la loro *estensione*, dai primi diritti di libertà ai diritti politici – a loro volta progressivamente estesi quanto ai titolari fino alle forme del suffragio universale –, fino ai diritti del lavoro e ai diritti sociali; la loro *universalizzazione*, cioè il loro allargamento dal diritto interno al diritto internazionale, attraverso la Dichiarazione universale del 1948 e poi le tante carte sovranazionali dei diritti; la loro *specificazione*, attraverso il riconoscimento di diritti specifici delle donne, dei minori, degli anziani, dei malati, dei detenuti e simili.

Sempre si è trattato di movimenti – liberali, socialisti, operai, femministi, pacifisti, ambientalisti, antisegregazionisti – che hanno fondato la loro interna solidarietà e la forza delle loro rivendicazioni sull'uguaglianza espressa dall'universalismo dei diritti volta a volta impugnati e conquistati.

Anche sul piano fenomenologico e sociologico, d'altro canto, è la forma logicamente universale dei diritti fondamentali che determina le tecniche specifiche delle loro garanzie. Occorre sottolineare, in proposito, che il problema delle garanzie, cioè degli obblighi o dei divieti corrispondenti alle aspettative positive o negative nelle quali consistono i diritti soggettivi, si pone in maniera diversa per i diritti patrimoniali e per i diritti fondamentali. Le garanzie dei diritti patrimoniali vengono ad esistenza simultaneamente ai diritti da esse garantiti: il debito insieme al credito, il divieto di lesione di un bene altrui insieme al diritto reale di proprietà. Al contrario i diritti fondamentali, a causa della loro forma universale, sono norme, la cui esistenza non comporta da sola l'esistenza delle loro garanzie. Essi richiedono, per essere garantiti, la produzione di specifiche leggi di attuazione: le norme sulla scuola pubblica e sulla sanità pubblica in attuazione e a garanzia primaria dei diritti all'istruzione e alla salute; le norme penali che proibiscono l'omicidio e la violenza privata in attuazione e a garanzia primaria dei diritti alla vita e all'integrità personale; le leggi elettorali in attuazione dei diritti politici; le norme sulle diverse giurisdizioni a garanzia secondaria dei diritti e più in generale dei beni e degli interessi lesi in via primaria.

È dall'osservanza di tali garanzie, e prima ancora dalla loro introduzione, che dipende l'effettività dei diritti fondamentali. Possiamo pertanto distinguere due tipi di ineffettività di tali diritti: un'*ineffettività contingente*, conseguente alla *violazione*, ad opera di atti invalidi o illeciti, delle loro garanzie; e un'*ineffettività strutturale*, conseguente alla *manca*za di garanzie e delle relative funzioni e istituzioni, per l'omessa produzione di leggi di attuazione. L'ineffettività contingente si manifesta in quelle che ho chiamato "antinomie strutturali" ed è sempre riparabile ad opera dell'intervento giudiziario. Essa consiste infatti nella commissione di atti invalidi o di atti illeciti, gli uni annullabili e gli altri sanzionabili sulla base del loro accertamento giurisdizionale in sede di garanzia secondaria. Al contrario, l'ineffettività strutturale, quale si manifesta in quelle che ho chiamato "lacune strutturali", è irreparabile per via giudiziaria e richiede sempre l'intervento del legislatore. Essa si manifesta infatti nell'indebita omissione, cui solo il legislatore può (e deve) porre riparo, della legislazione di attuazione richiesta dalla stipulazione costituzionale di ciascun diritto fondamentale⁸.

⁸ Su queste antinomie e queste lacune strutturali, ben diverse dalle antinomie e dalle lacune

6. Le divaricazioni tra dover essere ed essere del diritto. Le violazioni dei diritti fondamentali

Dunque, quattro diversi significati di “fondamento/i” dei diritti fondamentali, quattro diversi ordini di questioni, quattro approcci disciplinari diversi, quattro diversi tipi di discorsi. Possiamo essere interessati solo a una o a più di una di queste diverse questioni. Ciò che importa è che le distinguiamo nettamente e non confondiamo i relativi discorsi, diversi quanto al *fondamento* e ai *riferimenti semantici*. Così, il fondamento delle risposte alla nostra prima domanda è di tipo stipulativo; quello della risposta alla seconda è di tipo filosofico-politico o se si vuole giusnaturalistico; quello delle risposte alla terza è di tipo giuspositivistico; quello delle risposte alla quarta è di tipo empirico. Le risposte alla terza e alla quarta domanda sono vere o false, con riferimento nel primo caso al diritto vigente e nel secondo a ciò che di fatto accade o è accaduto. Le risposte alla prima e alla seconda, invece, non sono né vere né false, dato che nel primo caso sono definizioni stipulative e nel secondo sono giudizi di valore.

Io credo che la maggior parte degli pseudoproblemi e dei falsi dissensi che si manifestano nel dibattito giuridico, filosofico e politico sui diritti fondamentali dipendano dal fatto che questi diversi fondamenti o vengono proposti dalle diverse discipline ciascuno come il solo legittimo con esclusione degli altri, oppure, più spesso, vengono confusi tra loro e appiattiti l'uno sull'altro. Talvolta si presenta come definizione teorica, oppure come tesi giuridica, una tesi etico-politica intorno a quelli che si ritiene giusto tutelare come diritti fondamentali. Altre volte si presenta una tesi giuridica come una tesi empirica, o peggio viceversa. Ciascuna di queste confusioni equivale a una fallacia ideologica, fonte inesauribile di equivoci: la *fallacia giusnaturalistica*, consistente nella confusione del punto di vista assiologico esterno con quello giuridico-interno e nella configurazione come norme giuridiche di principi etico-politici; la *fallacia etico-legalistica*, consistente nella confusione opposta, e quindi nella configurazione come giuste delle norme solo perché valide; la *fallacia normativistica*, consistente nella confusione del punto di vista giuridico con quello fattuale e perciò nella presentazione come effettive delle norme valide; infine la *fallacia realistica*, consistente nell'opposta confusione e perciò nella presentazione come valide di tutte le norme effettive.

La domanda che dobbiamo porci, una volta distinti i diversi tipi di fondamenti dei diritti fondamentali, è: qual è il loro rapporto? Precisamente,

risolte dall'interprete con l'applicazione del criterio cronologico e di quello di specialità e con il ricorso all'analogia e ai principi generali, *cfr.* L. Ferrajoli (2007a, 684-706; 2007b, 77-86).

quali sono i rapporti tra il fondamento assiologico, quello giuridico e quello fattuale e tra i correlativi approcci o punti di vista o livelli di discorso. Ebbene, questi rapporti sono sempre, ai diversi livelli, rapporti normativi, di *dover essere* ad *essere*. Precisamente, il punto di vista assiologico e le relative tesi etico-politiche sui diritti fondamentali enunciano il dover essere etico-politico del diritto positivo, cioè quei diritti che si ritiene giusto che il diritto positivo dovrebbe stabilire e garantire: dunque un punto di vista critico, normativo e progettuale, nei confronti del diritto positivo medesimo. Il punto di vista giuridico delle norme costituzionali sui diritti fondamentali, negli ordinamenti complessi dotati di costituzione rigida, esprime a sua volta il dover essere giuridico delle leggi, cioè ciò che validamente le leggi dovrebbero stabilire e garantire: che è anch'esso un punto di vista critico e normativo, ma interno al diritto, nei confronti delle leggi medesime. Infine, rispetto alla fenomenologia empirica degli ordinamenti e al punto di vista sociologico esterno, l'intero punto di vista del diritto esprime il dover essere normativo: cioè, di nuovo, un punto di vista a sua volta critico e normativo rispetto a ciò che di fatto accade.

Di qui le inevitabili *divaricazioni* tra i diversi punti di vista, che formano, a mio parere, l'oggetto più interessante della riflessione filosofico-giuridica. Anzitutto la divaricazione, dal punto di vista assiologico esterno, tra giustizia e validità, che forma l'oggetto della critica etico-politica del diritto. In secondo luogo, negli ordinamenti complessi, la divaricazione, dal punto di vista giuridico interno, tra validità e vigore o esistenza, tra norme di livello costituzionale e norme di livello legislativo, che forma l'oggetto di maggior interesse e rilevanza per la scienza giuridica. In terzo luogo la divaricazione, dal punto di vista fattuale esterno, tra normatività ed effettività, tra norme e fatti, che forma l'oggetto privilegiato delle indagini sociologiche e storiografiche. In tutti i casi, abbiamo violazioni, inadempienze o carenze della fenomenologia del diritto rispetto al suo dover essere. Sono queste violazioni che dovrebbero formare l'oggetto principale della filosofia, della scienza e della sociologia del diritto e che a tutte conferiscono una feconda dimensione critica e pragmatica.

L'elenco di queste violazioni – a livello statale, a livello europeo e a livello internazionale – è lungo e inquietante. Mi limiterò ad accennare, tra quelle a livello statale, a una sola di esse, che a me sembra di tutte la più grave: la violazione del principio di uguaglianza e della dignità della persona operata dalle leggi europee contro gli immigrati e, in particolare, dalla legge italiana del 15 luglio 2009, n. 94 che ha criminalizzato la condizione stessa di immigrato clandestino. Lo scopo di queste misure è mettere di fatto fuori legge l'immigrazione, condannandola alla clandestinità, e perciò privare i clandestini di ogni diritto ed esporli a ogni forma di oppressione e di sfruttamento. I loro

tragici effetti sono la trasformazione della cosiddetta “Europa dei diritti” nella “fortezza Europa” e le migliaia di persone che muoiono ogni anno nel tentativo di penetrarvi. Si calcola che dal 1988 sono morte, in questi disperati tentativi, ben 14.937 persone, di cui 4.183 hanno perso la vita lungo la rotta per Lampedusa e ben 1.699 soltanto nel biennio 2008-09⁹, vittime queste ultime della disumanità del nostro governo, immemore della lunga e dolorosa tradizione di emigrazione del nostro paese.

Siamo qui di fronte a una terribile contraddizione tra la retorica dei diritti fondamentali quali diritti universali e la loro spaventosa violazione nei confronti degli immigrati. Non dimentichiamo che fu proprio in Europa che fu teorizzato, 500 anni fa, lo *ius migrandi*, configurato dal teologo spagnolo Francisco de Vitoria, nelle sue *Relectiones de Indis* del 1539 all’Università di Salamanca, come un diritto naturale universale (F. de Vitoria, 1539). Allora, e per tutti i quattro secoli successivi, la proclamazione di quel diritto servì a legittimare la conquista spagnola del Nuovo mondo, e poi le successive colonizzazioni del pianeta, anche con la guerra – *vim vi repellere licet* ne costituiva il fondamento giuridico –, ove al suo legittimo esercizio fosse stata opposta illegittima resistenza. Oggi che l’asimmetria originaria di quel diritto, esercitabile in passato dai soli europei, si è rovesciata, e sono le popolazioni affamate del resto del mondo che premono alle nostre frontiere, anche l’esercizio di quel diritto si è rovesciato nel suo contrario, tramutandosi, come in Italia, in reato. Non dimentichiamo che ancora nel 1948, quando ancora non era esploso il fenomeno dell’emigrazione di massa dai paesi fino ad allora colonizzati e l’emigrazione era tutta all’interno dei paesi dell’Occidente, il diritto di emigrare fu consacrato nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo: «Ogni individuo», stabilisce l’art. 13, comma 2°, «ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese». E lo stesso principio è stato ripreso da quasi tutte le costituzioni, inclusa quella italiana, che nell’art. 35, comma 4°, stabilisce che «la Repubblica riconosce la libertà di emigrazione». Né dimentichiamo che la Costituzione del nostro paese – nel quale i lavori più bassi e faticosi sono svolti dagli immigrati – si apre con l’affermazione «L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»; e che il suo art. 3 cpv dice che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che (...) impe-

⁹ Sono i dati riportati nel sito “Fortress Europe. L’osservatorio sulle vittime dell’emigrazione” (<http://fortresseurope.blogspot.com>), secondo i quali altre 4.507 persone sono morte nelle rotte verso la Spagna e le Canarie, 1.369 nel mar Egeo, 603 nel mare Adriatico, 1.691 attraversando il deserto del Sahara in direzione del Mediterraneo, 359 soffocati o schiacciati dalle merci viaggiando nascosti nei tir, 208 annegati attraversando i fiumi frontalieri, altri 112 morti per il freddo percorrendo a piedi i valichi delle frontiere, 41 assiderati nei vani-carrello degli aerei di linea, 237 ammazzati dagli spari delle polizie di frontiera.

discono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»: di tutti i lavoratori, si badi, inclusi gli immigrati, che questa norma dovrebbe perciò bastare a riconoscere come titolari del diritto di voto.

Ma la legislazione dei paesi ricchi contro gli immigrati è solo il riflesso interno di una politica globale diretta allo sviluppo della disuguaglianza e alla negazione di quei medesimi diritti e valori proclamati nelle nostre carte costituzionali e internazionali come universali e inviolabili. L'emigrazione di massa è infatti la fuga dalle condizioni di miseria e dalle violazioni dei diritti vitali provocate da uno sviluppo economico senza regole, da un vuoto di diritto pubblico sovranazionale e da una sostanziale abdicazione della politica al suo ruolo di governo dell'economia e di tutela dei diritti fondamentali e degli interessi generali. Nell'odierno mondo globalizzato e sempre più interdependente, un miliardo di persone non hanno l'accesso all'acqua potabile e vivono in condizioni disumane, e quindici milioni di persone muoiono ogni anno per malattie non curate, vittime del mercato ancor più che delle malattie, dato che i farmaci-salvavita che potrebbero guarirle non sono più prodotti perché "non hanno mercato", riguardando malattie infettive da tempo debellate nei nostri paesi. L'odierna "età dei diritti", come l'ha chiamata Norberto Bobbio, è anche l'età della loro massima violazione. Gli esseri umani non sono mai stati così uguali in astratto, sul piano del diritto, e così disuguali in concreto, sul piano dei fatti. È stato calcolato che il divario di ricchezza tra i paesi più ricchi e i paesi più poveri, che nel 1820 era di 1 a 3 e nel 1913 di 1 a 10, è giunto a un divario di 1 a 72 nel 1992 ed è ulteriormente cresciuto in questi ultimi venti anni (UNDP, 1999; 2005).

Ebbene, dobbiamo renderci conto che questa tremenda disuguaglianza – questa sua contraddizione vistosa con le tante carte dei diritti che affollano i nostri ordinamenti – non sarà a lungo tollerabile senza diventare esplosiva; che in una società globale sempre più fragile e interdependente come l'attuale essa non sarà a lungo sostenibile senza che si vada incontro a un futuro di guerre e di violenze in grado di travolgere le nostre stesse democrazie; che non potremo continuare a declamare decentemente i valori dell'uguaglianza, della dignità della persona e dei diritti umani se finalmente non li prenderemo sul serio, quali diritti universali e perciò indivisibili, e non ne estenderemo a tutti le effettive garanzie. Ma allora, se vogliamo salvaguardare, con la credibilità di quei diritti, il futuro stesso delle nostre democrazie, non possiamo non farci carico di queste terribili divaricazioni e contraddizioni – sul piano giuridico, oltre che su quello morale e politico – tra le loro proclamazioni costituzionali e la realtà. Non possono non farsene carico la politica e l'economia, che ne sono le principali responsabili. Ma deve farsene carico anche la cultura giuridica, denunciandone l'illegittimità ed elaborando

e progettando le tecniche e le istituzioni di garanzia in grado di rimuoverle o quanto meno di ridurle.

Riferimenti bibliografici

- BACCELLI Luca (1999), *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma.
- BOBBIO Norberto (1988), *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in BOBBIO Norberto, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp. 431-40.
- BOBBIO Norberto (1990), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- DE VITORIA Francisco (1539), *De indis recenter inventis relectio prior*, in *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologiae XII*, ristampata in *The Classics of International Law*, Oceana, New York 1964.
- FERRAJOLI Luigi (1983), *La semantica della teoria del diritto*, in SCARPELLI Umberto, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 115-25.
- FERRAJOLI Luigi (1990), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI Luigi (1993), *Il diritto come sistema di garanzie*, in "Ragion pratica", I, 1, pp. 143-61.
- FERRAJOLI Luigi (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, pp. 282-8.
- FERRAJOLI Luigi (2007a), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI Luigi (2007b), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- KANT Immanuel (1785), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; trad. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1997.
- KANT Immanuel (1797), *Die Metaphysik der Sitten*; trad. it. *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1970.
- UNDP (1999), *Human Development Report 1999*; trad. it. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano*, 10, *La globalizzazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1999.
- UNDP (2005), *Human Development Report 2005*; trad. it. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, Rosenberg & Sellier, Torino 2005.
- ZOLO Danilo (2000), *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino.