

CULTURA GIUSTIZIA/ Perché i diritti-desiderio promettono l'infinito e lo tradiscono?

di Guido Piffer, Tomaso Emilio Epidendio

Riportiamo i primi due articoli di un ampio contributo (suddiviso in tre parti) scritto dai due autori.

1. Premessa: l'epoca dei diritti-desiderio. Parlare in modo non banale di diritti fondamentali in rapporto al ruolo del giudice ed alla inevitabile dimensione politica della giurisdizione coinvolge argomenti aventi una forte componente tecnica (il sistema delle fonti, l'ermeneutica giuridica, il sistema di *common law* e di *civil law*, ecc.): la sfida che consapevolmente accettiamo nel pubblicare questo contributo è quella di tentare di rendere accessibili tali problematiche anche ai non giuristi. Per mostrare quanto sia concreta questa esigenza e di quanto pervasivo sia ormai diventato il "linguaggio dei diritti" basta vedere come una nota catena di esercizi commerciali abbia recentemente lanciato una campagna pubblicitaria proponendo, con comunicazioni "on air" e con cartelloni pubblicitari affissi dappertutto (dai tram alle strade), una propria "carta dei diritti" ("ogni cliente ha diritto al prezzo più basso 365 giorni l'anno") proponendo la propria organizzazione e le persone che ne fanno parte come "quelli dei diritti". Se il linguaggio dei diritti dell'uomo e la sua articolazione in "carte" nelle quali proclamarli sono stati considerati come un efficace mezzo di *comunicazione pubblicitaria*, allora vuol dire che, da un lato, questo tipo di linguaggio ha raggiunto una diffusività che lo rende comprensibile a chiunque e, dall'altro, che alla parola "diritti" è ormai associata una tale connotazione emotiva positiva da poter essere utilizzata per persuadere e ottenere la fiducia di chiunque: il diritto è quindi divenuto anche un efficace artificio retorico. Si tratta di una deriva di una lunga strada, quella che ha visto, dall'assolutismo alle Costituzioni del secondo dopoguerra, i diritti fondamentali assolvere una essenziale funzione di garanzia individuale del cittadino nei confronti dello Stato: si pensi ad esempio al diritto di professare la propria fede religiosa, al diritto di riunione e di associazione, al diritto di manifestare il proprio pensiero, diritti tutti che non possono essere compressi dallo Stato al di fuori di casi eccezionali e per tutelare interessi eguali o preminenti rispetto all'interesse che è alla base del diritto riconosciuto. Le

codificazioni dei diritti dell'uomo e il linguaggio relativo hanno portato benefici all'umanità intera e hanno consentito alle esperienze giuridiche occidentali di porsi in molti casi addirittura come un modello di riferimento. In questi ultimi anni, tuttavia, i diritti fondamentali hanno iniziato a cambiare fisionomia, inaugurando un'ultima fase che potremmo chiamare dei *diritti-desiderio*: in essa si assiste alla rivendicazione come diritto di qualunque pretesa soggettiva, cioè di qualunque desiderio, espressione di una concezione dell'esistenza *individualistica* (ciò che esiste è solo il singolo con le proprie aspirazioni) e *relativistica* (non esiste nessun criterio oggettivo di giudizio esterno al soggetto). Intendendo per "sentimento" la tensione verso ciò che è avvertito come bene a prescindere da ogni considerazione razionale di tale tensione e del suo oggetto, si potrebbe dire che la categoria del "dirittodesiderio" è espressione di una mentalità *in balia del sentimento*.

2. Il problema della proliferazione dei diritti. Tale concezione ha generato un'enorme *proliferazione* di diritti (si è parlato persino di un "diritto al tatuaggio") e pertanto non stupisce che si sia posto il problema di una loro limitazione. Ciò è stato del resto imposto dalla realtà delle cose: ogni diritto ha un costo per la società, in termini di risorse necessarie per la sua attuazione e per la sua tutela nonché in termini di sacrificio di altri interessi con esso confliggenti. Ad esempio: se io affermo come mio diritto un certo trattamento estetico, perché giustificato dall'esigenza di essere me stesso in un armonico rapporto con il mio corpo, e se il diritto alla salute deve essere garantito dallo Stato, non potrò non affermare un mio diritto verso lo Stato ad ottenere tale trattamento.

E ancora: se io affermo il mio diritto a guidare la moto senza casco, come diritto a muovermi come voglio, anche a costo, nel caso di incidente stradale, di subire gravi lesioni o di mettere a repentaglio la mia stessa vita, affermo la preminenza di tale mio desiderio sull'interesse dello Stato a prevenire le ingenti spese sanitarie connesse agli incidenti stradali e sull'interesse che altri hanno all'adempimento dei miei doveri, in quanto membro di una comunità di persone legate da reciproci rapporti di solidarietà. Di fronte alla proliferazione dei diritti fondamentali ed all'esigenza di porre dei limiti a tale proliferazione, una prima constatazione si impone: se la fonte dei diritti è il desiderio soggettivo in quanto tale, *ogni diritto ha pari dignità*, perché ogni desiderio si giustifica per il solo fatto di essere affermato. In altri termini: se il personale

sentimento di giustizia diventa l'unico criterio selettivo dell'interesse che pretende di essere riconosciuto come "diritto", è vano porre il problema dell'abnorme proliferazione dei diritti. Ancora un esempio: anche un diritto apparentemente eccentrico come potrebbe essere il diritto al tatuaggio può essere in realtà fondamentale, perché in riferimento al soggetto può essere "veicolo del mistero", come nella suggestiva novella della O'Connor *La schiena di Parker*, in cui il protagonista si fa tatuare il volto di Cristo sulla schiena. Come è dunque possibile dire, in quest'ottica, che il diritto al tatuaggio è un'inutile futilità?

3. Il giudice come tutore dei diritti: giudice classico e giudice romantico. La forma ed il ruolo assunto nell'esperienza giuridica dai diritti fondamentali porta con sé un ulteriore problema: quello del *ruolo del giudice*. Infatti esiste una parte di giuristi, secondo cui il ruolo del giudice è essenzialmente quello di essere *tutore dei diritti* riconosciuti dalla Costituzione. Questa posizione ha condizionato la stessa psicologia di molti giudici, cioè la forma del loro approccio al caso da decidere ed alla norma da applicare. Si è così affermato un tipo di giudice che non avverte più come dato fondante del suo ruolo innanzitutto il vincolo di soggezione alla legge, ma che si concepisce come investito di una funzione di garante dei diritti fondamentali, spesso selezionati secondo sentimenti di giustizia molto soggettivi, che quindi possono variare notevolmente da giudice a giudice. In questo contesto si coglie l'utilità di ritornare a riflettere e ad attualizzare quella distinzione tra *giudice classico* e *giudice romantico* posta in risalto da Mary Ann Glendon: "Con la fine degli anni sessanta un ideale nuovo e molto romantico di giudice aveva iniziato a prendere forma. In elogi, tributi, articoli giuridici su riviste di settore e sulla stampa, i giudici iniziarono ad essere lodati per qualità che tempo addietro sarebbero state considerate problematiche: compassione in luogo di imparzialità, audacia in luogo di moderazione, creatività in luogo di padronanza del mestiere e attenzione agli esiti del caso concreto senza riguardo all'effetto prodotto sul sistema giuridico nel suo complesso. Negli anni novanta Douglas si sarebbe sicuramente crogiolato nel cosiddetto *Greenhouse Effect*, ect, un termine (..) che indica la calda e reciproca intesa tra giornalisti attivisti e giudici che incontrano la loro approvazione". È chiaro che il recupero della vecchia distinzione tra "classico" e "romantico" ha bisogno di precisazioni, per non divenire una formula imprecisamente evocativa di uno

scarto, solo intuitivamente avvertito, tra due "stili" di giurisdizione. L'aggettivo "romantico" può essere più facilmente declinato giuridicamente come modello in cui viene assegnata prevalenza all'individuale "sentimento di giustizia" e al ruolo del giudice come garante di diritti espressione di tale sentimento: più in generale, romantico è il giurista che scopre i valori ed i contenuti sottesi al diritto, non riducibile al suo mero formalismo, quale affermato almeno nella sua prima fase dal positivismo giuridico. Meno perspicua è invece la declinazione giuridica dell'aggettivo "classico". Già negli anni ottanta un grande studioso francese, Michel Villey studioso molto controverso per le sue tesi controcorrente che però sembrano rivelarsi oggi incredibilmente profetiche, aveva affermato che "poiché il diritto è proporzione, *to analogon* diceva Aristotele, *aequum* i Latini, il giudice proporziona le cose alle persone ...[in quanto] la misura dei diritti deve essere fatta *tenendo conto di tutti i fattori del problema*". Ma cosa vuol dire tenere conto della totalità dei fattori per il giurista? Cosa significa dire che seguire acriticamente il proprio sentimento di giustizia rischia di trasformare in diritto ogni interesse e porta a perdere una visione globale?

4. Fonti sovranazionali e argomentazione per diritti. Per rispondere a queste domande bisogna tenere conto della forma che il ragionamento del giudice ha assunto in questi ultimi anni a seguito dell'irrompere delle *fonti internazionali*, come ulteriore supporto all'affermazione dei diritti fondamentali ed al ruolo di garante del giudice. Si tratta di una novità che ha cambiato lo stesso modo di ragionare del giudice, cioè di argomentare la decisione, tanto che ben si può parlare di una "argomentazione per diritti". L'ultimo fenomeno che mette direttamente in gioco il ruolo della giurisdizione è infatti costituito dal sempre più massiccio ricorso da parte del giudice ordinario alle fonti comunitarie ed internazionali e alle sentenze delle Corti sovranazionali (soprattutto CGCE e CEDU), con particolare riguardo alle cosiddette *Carte dei diritti*. Una delle conseguenze più rilevanti di questa vera e propria rivoluzione copernicana nell'ambito delle fonti utilizzabili è un uso sempre più diffuso di nuovi strumenti interpretativi (ad esempio l'interpretazione comunitariamente e internazionalmente orientata) ed a nuove modalità argomentative delle decisioni. Ciò ha finito per cambiare la forma stessa del *ragionamento giuridico*, perché l'argomentazione del giurista, più che essere incentrata sull'interpretazione delle norme, si è tendenzialmente spostata verso la

dimostrazione dell'esistenza di un diritto, che in quanto tale chiede prepotentemente di essere riconosciuto, anche a costo di forzare il dato normativo. Le decisioni giudiziarie, infatti, sono *motivate* sempre più spesso in un modo del tutto diverso da come avveniva in precedenza: specie quando si tratti di risolvere i casi meno perspicui e più controversi, è sempre più frequente il ricorso alla cosiddetta *argomentazione per diritti*. Secondo questa modalità argomentativa, la disciplina da applicare al caso concreto è giustificata non perché corrisponde alla migliore *interpretazione* del testo di una disposizione legislativa ritenuta rilevante, in base ad argomenti classici della retorica giudiziaria (silenzio del legislatore, analogia, ecc.). Attraverso l'argomentazione per diritti, l'applicazione di una determinata disciplina giuridica o il riconoscimento di un determinato effetto giuridico sono giustificati invece in quanto viene in tal modo meglio tutelato questo o quel "diritto", individuato dal giudice come *prevalente*.

(.....)

6. Il caso della direttiva rimpatri. (.....) Un altro esempio di "argomentazione per diritti", dove più evidente è il ruolo dell'irruzione delle fonti sovranazionali negli ordinamenti nazionali, è costituito dalla cosiddetta *direttiva rimpatri* (direttiva 2008/115/CE). Tale direttiva è stata adottata nell'ambito delle competenze comunitarie in punto di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di espulsione. Essa prevede come termine per la sua applicazione il 24 dicembre 2010. Tale termine scadeva senza che, come invero per altre direttive, venisse data attuazione. Tuttavia, la particolare attenzione al tema dell'immigrazione e alla condizione dei migranti di taluni giudici (si potrebbe dire il loro "sentimento di giustizia"), ha fatto sì che, dall'oggetto amministrativo della direttiva (la procedura di espulsione appunto), si sia passati a trarre conseguenze in altri campi, in particolare quello penale. In particolare, dopo alcuni convegni in proposito, si manifestava un certo attivismo giudiziario che si traduceva in una serie di assoluzioni dal reato di inottemperanza a provvedimenti adottati nella procedura di espulsione (si tratta del reato previsto dall'art. 14 d.lgs. n.286/98). Si assiste perciò ad un fenomeno in forza del quale, pur in presenza di una disposizione incriminatrice non abrogata dal legislatore e non dichiarata incostituzionale, alcuni giudici *disapplicano la norma penale* per contrasto con la direttiva, altri *disapplicano il provvedimento amministrativo* (presupposto dell'illecito penale) perché

ritenuto illegittimo, in quanto adottato con una procedura contrastante con la direttiva medesima, altri ancora sollevano una *questione pregiudiziale interpretativa* della direttiva di fronte alla Corte di Giustizia di Lussemburgo, altri *ipotizzano una questione di illegittimità costituzionale* della predetta norma incriminatrice, altri infine continuano a *condannare*, non ravvisando un contrasto tra la direttiva e la normativa interna o non ritenendo la competenza comunitaria in campo penale ovvero, più specificamente, escludendo che la direttiva abbia i requisiti per consentire la disapplicazione della norma penale interna. Al tempo stesso si assiste ad una diminuzione degli arresti per il predetto reato a seguito di direttive impartite da talune Procure della Repubblica cui corrispondono, peraltro, le impugnazioni delle assoluzioni da parte di altre Procure. Nel frattempo le recenti vicende, connesse ai moti nordafricani e mediorientali, e ai nuovi massicci sbarchi di emigranti, producono un effetto di spiazzamento e di ricontestualizzazione del fenomeno, che riapre il dibattito anche sul piano politico ed eurounitario, rimettendo in discussione gli esiti precedenti che hanno costituito la base della ricordata discussione giuridica. La situazione di *incertezza* di cui sopra ancor più grave perché riguardante un settore quale quello penale, in cui la prevedibilità delle decisioni future costituisce un valore fondamentale a sua volta oggetto di un diritto non è casuale e non può considerarsi come il frutto occasionale di ragionamenti viziati imputabili alla giurisdizione o alla politica, bensì è strettamente connesso alla struttura delle fonti sovranazionali e alla loro moltiplicazione, non più riducibile ai tradizionali strumenti di risoluzione dei conflitti (priorità temporale, gerarchia, competenza).

7. Il linguaggio dei diritti. Sia il problema dei limiti alla proliferazione dei diritti che trova nuova linfa nella problematica delle fonti sovranazionali, sia il problema del ruolo del giudice e quindi il modo con il quale egli concepisce la sua funzione ed il suo rapporto con la legge, rivelano che in questa materia è in gioco il concetto stesso di "diritto" ed il "linguaggio dei diritti". Per comprenderlo è necessario prendere completa coscienza del fatto che, storicamente, l'affermazione dei "diritti individuali" è nata per occultare la posizione soggettiva passiva della quale si voleva gravare un potente: non potendo e non volendo dire che il sovrano è obbligato a fare qualcosa a favore di un suddito, si dice che quest'ultimo ha un diritto ad ottenere qualcosa: questa è la funzione retorica positiva del linguaggio dei diritti. Noi tutti siamo

abituati a pensare che se affermiamo un diritto stiamo facendo qualcosa di positivo, stiamo tutelando un debole di fronte all'oppressione di una forza che vuole predominare ingiustamente. Soprattutto ci sembra che se affermiamo e quanto più affermiamo l'esistenza di diritti, tanto più estendiamo le possibilità dei soggetti a cui li attribuiamo e, quindi, facciamo qualcosa di positivo per tutti. Con l'affermazione della logica individualista del dirittodesiderio è emersa invece la portata *retorica negativa* del "linguaggio dei diritti": essa occulta l'idea che trasformare ogni desiderio in diritto implica riconoscere un'enorme quantità di obblighi a carico di altri. Una delle più acute e coraggiose analisi storiche, che svelano la natura in gran parte illusoria del linguaggio dei diritti, è quella che si trova in un libro, ancora poco conosciuto in Italia, del già citato Villey, nel quale coraggiosamente si sostiene: "I diritti dell'uomo sono irreali. La loro impotenza è evidente. È bellissimo vedersi promettere l'infinito; ma poi, come stupirsi se la promessa non è mantenuta!".

8. Recuperare la categoria del diritto come rapporto. Per rispondere a queste nuove provocazioni della realtà, quella dei diritti-desiderio, bisogna recuperare il vero contenuto della categoria di "diritto" e quindi della *giuridicità*, comprendendo che il "diritto" dei fautori dei cosiddetti diritti fondamentali *non è più lo jus* della tradizione occidentale, che è essenzialmente regolamentazione di un rapporto (il *suum cuique tribuere*). È solo recuperando l'idea del *diritto come rapporto* che si svela l'astrattezza e quindi il carattere ideologico della logica dei diritti, dimostrando l'irrazionalità e l'insostenibilità di certi pretesi diritti fondamentali individuali che, per definizione, non possono riguardare solo il loro titolare, ma riguardano la trama dei rapporti nei quali il titolare del diritto è inserito. La vera battaglia culturale non si gioca dunque sul piano del catalogo dei diritti, ma sulla *concezione di diritto* che si vuole affermare, cioè su ciò che è giuridico e su ciò che invece non assume rilevanza quale oggetto di discussione giuridica. È quindi un lavoro nuovo che si apre rispetto ad ogni diritto fondamentale: quello cioè di capire se l'interesse che esso sottende assume una rilevanza tale da *giustificare* una sua attrazione nella sfera della "giuridicità", cioè nella dimensione relativa alla ripartizione proporzionata di beni esteriori all'interno di un gruppo socialmente organizzato, dimensione che non è sovrapponibile interamente né a quella della morale né a quella della politica. Come esempio possiamo immediatamente evocare il problema che si è recentemente posto

rispetto all'esibizione del crocifisso, come violazione del diritto a non professare alcun credo religioso. Un modo responsabile e libero di affrontare simili questioni è quello che approfondisca tutti i livelli implicati dalle decisioni in questa materia. Occorre verificare quali sono le posizioni giuridiche elementari che compongono il diritto che si ritiene violato e se queste siano davvero compromesse dal comportamento che si lamenta essere stato perpetrato in violazione di quel diritto; quali siano le posizioni giuridiche passive correlate all'affermazione di un tale diritto; quali siano gli eventuali ulteriori diritti sacrificati dall'affermazione di quello; se sussista proporzione tra diritto affermato e altri diritti sacrificati dalle posizioni giuridiche passive implicitamente imposte con l'affermazione del primo. Si tratta di un'indicazione metodologica, di analisi delle decisioni e di verifica delle stesse, che consentirebbe probabilmente di svelare se ci troviamo di fronte a *decisioni motivate a ritroso*, quelle più esposte al rischio di contaminazioni ideologiche, in quanto fondate su una conclusione già preconstituita, a partire dalla quale, spesso senza particolari preoccupazioni di coerenza, si procede ad una raccolta di argomenti che, anche per vie diverse o tra loro contraddittorie, possano sostenerla. (2-continua)

Publicati su ilsussidiario.net il 24 e 31 marzo 2011