

Tecla Mazzaresè
Ragionamento giudiziale e diritti fondamentali.
Rilievi logici ed epistemologici*

0. *Introduzione*

Sono almeno due le ragioni che sollecitano una riflessione sul ragionamento giudiziale che tenga conto e renda conto del ruolo sempre più pervasivo dei diritti fondamentali nelle forme e nei modi della giurisdizione.

Una prima ragione è la sempre maggiore attenzione del legislatore (sovra)nazionale nella definizione e scansione di procedure giudiziali improntate alla tutela e alla garanzia dei diritti fondamentali delle parti di una controversia, ma anche di chi deve decidere la controversia e, non ultimo, della collettività stessa nella sua totalità (l'obbligatorietà dell'azione penale, ad esempio, è sì tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza di chi giudica ma è anche, nei confronti della collettività nella sua totalità, una delle forme di attuazione del principio di uguaglianza). Attenzione, questa del legislatore (sovra)nazionale, per una sempre più compiuta attuazione di un "giusto processo" che trova espressione in meccanismi giuridici che però né sempre, né necessariamente coincidono o concordano con criteri, valutativi e oggettivi, di matrice logica e/o epistemologica. Attenzione, questa per una sempre più compiuta attuazione di un "giusto processo", che trova espressione, cioè, in una gerarchia di valori in cui la tutela dei diritti fondamentali può essere preminente anche rispetto alla ricerca della verità nella ricostruzione di ciò su cui la controversia verte, così come può essere dirimente nella scelta dell'interpretazione del diritto da applicare per la sua risoluzione.

Una seconda ragione, poi, che sollecita una riflessione sul tema in esame è la sempre più diffusa prassi giurisprudenziale della giustiziabilità dei diritti fondamentali anche nel caso in cui dovesse mancare un'esplicita disciplina legislativa ad agevolarne se non a garantirne la tutela giudiziale. Giustiziabilità che non può non riflettersi sulle forme e sui modi del ragionamento giudiziale a causa delle

* Una prima versione di questo lavoro è stata presentata al Convegno: *¿Cómo argumentan los jueces?*, svoltosi a San Sebastián il 30 ottobre 2001, e al primo Seminario Alberto Cal-samiglia, svoltosi a Barcellona il 13-14 febbraio 2003. Ringrazio per i loro commenti e rilievi Juan Igartua, Victoria Iturralde Sesma, José Juan Moreso, Maribel Narvaez, Giorgio Danesi e Susanna Pozzolo.

difficoltà, epistemologiche e logiche, dovute alla problematicità della nozione stessa di diritti fondamentali.

Entrambe queste ragioni concorrono, per un verso, a rendere manifestamente evidente la natura costitutiva e non dichiarativa di premesse e conclusioni delle decisioni giudiziali, e, per altro verso, consentono di denunciare il carattere sia defettibile (e/o non monotono), sia approssimato delle modalità di ragionamento che portano alla scelta e alla formulazione di premesse e conclusioni delle decisioni giudiziali. Questa, in estrema sintesi, la tesi di questo lavoro.

Ora, prima di procedere ad un esame di alcune delle difficoltà epistemologiche (§ 3.2) e logiche (§ 3.3) dettate dalla problematicità della nozione stessa di diritti fondamentali (§ 3.1), è però opportuno accennare, per quanto solo sommariamente, ai principali tratti distintivi del cosiddetto stato costituzionale di diritto (§ 1), modello di diritto, questo, in relazione e in ragione del quale i diritti fondamentali hanno acquistato un ruolo centrale nella scansione delle forme e dei modi della giurisdizione (§ 2), condizionando, quindi, le forme e i modi di ragionamento in cui l'applicazione giudiziale del diritto trova espressione.

1. *Diritti fondamentali e stato costituzionale di diritto*

Innegabile la sempre maggiore centralità giuridica, oltre che politica, della tutela dei diritti fondamentali a partire dalla seconda metà del secolo scorso: la conclusione della seconda guerra mondiale ne ha infatti segnato, alla fine degli anni quaranta, le prime dichiarazioni solenni a livello internazionale con la Carta dell'Onu e con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e, a livello nazionale, con le costituzioni di più paesi (l'Italia e la Germania, prima, e poi, negli anni settanta, la Spagna e il Portogallo). La conclusione della guerra fredda, con la caduta del muro di Berlino e la dissoluzione dell'Unione Sovietica, ne ha poi riproposto, forse con non minore urgenza, la necessità di una affermazione e tutela tanto nazionale (così come mostra la redazione delle carte costituzionali di molti paesi dell'Europa orientale e di alcuni paesi asiatici¹) quanto sovranazionale (così come rivela il dibattito odierno su un possibile costituzionalismo europeo

¹ Di particolare interesse, in proposito, il lavoro svolto dalla cosiddetta Commissione di Venezia, *Democracy through Law*. Istituita il 10 maggio 1990 dal Consiglio d'Europa, la Commissione di Venezia è composta da un rappresentante per ogni paese dell'Unione più un presidente, ed è a Venezia che i suoi membri si incontrano per discutere e suggerire soluzioni possibili ai problemi di ingegneria istituzionale che le vengono sottoposti da molti paesi (soprattutto asiatici dell'area dell'ex Unione Sovietica) che intendono adeguarsi agli standard di democrazia occidentale. Manifesto il calco della dizione *Democracy through Law*, da *Peace through Law*, il titolo del famoso saggio di Hans Kelsen apparso nel 1944, alla vigilia della conclusione del secondo conflitto mondiale.

e, anche se in prospettiva più remota, internazionale o mondiale²). E da ultimo, una riaffermazione, drammatica, della centralità del problema della protezione dei diritti fondamentali è derivata dall'attentato terroristico dell'11 settembre 2001 contro gli Stati Uniti: nonostante, o, più correttamente, proprio perché, in nome della sicurezza, se ne minaccia una deroga sempre più vasta e diffusa³.

Ora, la positivizzazione (l'esplicita formulazione ed enunciazione) dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali e/o in documenti normativi di rango costituzionale, congiuntamente alla predisposizione delle misure per garantirne l'attuazione e la tutela, ha avuto effetti sempre più pervasivi negli ordinamenti giuridici contemporanei in cui essa si è realizzata, condizionando sempre più radicalmente il concetto stesso di diritto nella sua dimensione ontologica, epistemologica e fenomenologica; condizionando, cioè, e sollecitando una ridefinizione (a) dei criteri di individuazione delle norme il cui insieme integra e costituisce un ordinamento giuridico (dimensione ontologica), (b) delle forme in cui di tali norme può darsi conoscenza (dimensione epistemologica), e (c) dei modi in cui di tali norme può darsi attuazione e/o applicazione (anche) giudiziale (dimensione fenomenologica). Ridefinizione, questa dei criteri di individuazione del diritto, delle forme della sua conoscenza e dei modi della sua attuazione e/o applicazio-

² L'auspicabilità di un costituzionalismo mondiale o internazionale, nonostante le manifeste difficoltà con le quali non può non scontrarsi la possibilità di una sua realizzazione, è stata più volte affermata da L. Ferrajoli, ad esempio, in [1999, pp. 74-76], [2000, pp. 63-69 e pp. 90-96], [2001], [2002 a, pp. 106-107], e [2002 b, pp. 371-377]. Per quanto in termini non sempre coincidenti e/o con argomenti non sempre equivalenti, una forma di costituzionalismo mondiale e/o internazionale e/o una forma di democrazia cosmopolitica e/o globale è auspicata da J. Habermas, Richard Falk, David Held. Al contrario, una posizione non solo scettica, ma drasticamente critica, è espressa, ad esempio, da D. Zolo [2002, pp. 57-58], quando scrive: «autori come Falk e Held sono interessati a divulgare alcune parole d'ordine suggestive – *global civil society*, *global constitutionalism*, *global democracy*, *cosmopolitan democracy*, ecc. –, con la tendenza a “pantografare” a livello globale le loro convinzioni liberaldemocratiche, senza un impegno preciso né di specificazione normativa e istituzionale del progetto di un eventuale Stato di diritto planetario, né di interazione con le culture politiche e giuridiche non occidentali, che dovrebbero essere coinvolte nel progetto cosmopolitico. Quanto ad Habermas, egli non sembra nutrire alcun dubbio circa il nesso di causalità evolutiva, per così dire, che a suo parere fa discendere il “diritto cosmopolitico” dallo Stato di diritto, la cittadinanza universale dalla cittadinanza democratica. [...] Si tratta in tutti questi casi di esempi molto caratteristici di una utilizzazione fortemente etnocentrica della *domestic analogy*, che dà per scontata l'analogia fra la *civil society*, che tra Seicento e Settecento ha sostenuto lo sviluppo dello Stato moderno europeo, da una parte, e, dall'altra, l'attuale, supposta *global civil society*».

³ Sulla (minaccia di una) deroga sempre più vasta e diffusa alla tutela dei diritti fondamentali, cfr., ad esempio, il *Rapporto Annuale* di Amnesty International del 2002, l'introduzione al Rapporto firmata da I. Khan; e ancora, cfr., ad esempio, R. Dworkin [2002 a], [2002 b], e V. Monetti, [2002].

ne, che sollecita e legittima la tematizzazione di un modello giuridico altro e distinto da quello dello stato (liberale) di diritto: quello, cioè, dello stato costituzionale di diritto⁴.

In particolare, in primo luogo, i criteri di individuazione delle norme di un ordinamento non si esauriscono più (così come invece era caratteristico degli ordinamenti giuridici degli stati liberali di diritto) nei soli criteri di carattere formale consistenti nella conformità della produzione normativa alle metanorme di procedura e di competenza, ma sono affiancati ed integrati da criteri di carattere materiale consistenti nella conformità della produzione normativa ai valori espressi dai diritti fondamentali esplicitamente positivizzati⁵. Criteri materiali che sono prevalenti e preminenti rispetto a quelli di carattere formale: per quanto approvata ed emanata secondo le procedure previste dall'ordinamento, una legge, il cui contenuto sia difforme dai valori espressi dai diritti fondamentali enunciati nella costituzione, è infatti passibile di annullamento, o, secondo forme diverse di controllo di legittimità, di non applicazione giudiziale⁶.

In secondo luogo, anche le forme di conoscenza del materiale giuridico, dismessa la presunta avalutatività e oggettività nella descrizione e sistematizzazione del materiale normativo, non possono non riflettere, ed essere condizionate ad un tempo, dai valori che, espressi dai diritti fondamentali a livello costituzionale, delle norme dell'ordinamento condizionano tanto la produzione, quanto l'applicazione.

E, in terzo luogo, i modi di attuazione e/o applicazione (giudiziale) del diritto

⁴ Notevole rilievo all'opposizione terminologico-concettuale fra stato (liberale) di diritto o stato legislativo e stato costituzionale di diritto è attribuita, ad esempio, da G. Zagrebelsky [1992], J. Habermas [1996], [1998], L. Ferrajoli [2000], [2001], [2002 a], [2002 b], P. Häberle [2000].

⁵ Per quanto con diversa enfasi e in una non coincidente prospettiva teoretico-concettuale, i criteri di validità materiale non sono ignorati dai giuspositivisti. Al contrario, già dalla prima edizione della sua *reine Rechtslehre*, H. Kelsen [1934, trad. it., pp. 105-106] scrive che la funzione essenziale della costituzione «consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione. La costituzione può però anche determinare il contenuto delle leggi future e non è per nulla infrequente il caso che le costituzioni positive facciano ciò in modo da prescrivere o escludere certi contenuti. [...] L'enunciazione dei diritti fondamentali e di libertà che costituisce la parte integrante e tipica delle costituzioni moderne non è essenzialmente altro che una di tali determinazioni negative. La garanzia costituzionale della eguaglianza dinanzi alle leggi o della libertà della persona e della coscienza non è altro che il divieto di leggi che trattino in modo diseguale i sudditi in determinati rapporti o invadano una determinata sfera di libertà». Né i criteri di validità materiale sono ignorati da A. Ross [1958, trad. it., pp. 75-76] e [1968, trad. it., p. 160], quando parla di norme di competenza materiale accanto e oltre alle norme di competenza personale e procedurale.

⁶ Per una ricognizione di alcune delle principali forme di controllo di legittimità in ordinamenti diversi, cfr., ad esempio, R. Guastini [1998, pp. 328-330] e [2002, pp. 149-151].

non si riducono più (nel caso questa riduzione sia mai stata effettivamente possibile) ad un'asettica ricognizione della legge e ad una sua meccanica concretizzazione (così come si era soliti affermare degli ordinamenti giuridici degli stati liberali di diritto)⁷, ma sono essi stessi indotti a tener conto dei valori espressi dai diritti fondamentali, enunciati a livello costituzionale, sia nell'interpretazione, sia, se del caso, nella denuncia dell'eventuale incostituzionalità della legge.

2. Diritti fondamentali e applicazione giudiziale del diritto

Almeno due, come si è già accennato, i profili in relazione ai quali i diritti fondamentali rivelano la loro centralità nell'applicazione giudiziale del diritto: il primo è quello del loro ruolo nella scansione delle forme e dei modi della giurisdizione, nella (ri)definizione, cioè, delle modalità procedurali secondo le quali si dà applicazione giudiziale del diritto; il secondo profilo è quello del loro ruolo non nella (ri)definizione delle modalità processuali, ma nella (e per la) risoluzione stessa delle controversie, nell'individuazione, cioè, e/o nell'interpretazione del diritto in base al quale decidere delle controversie.

Detto altrimenti, il primo dei due profili è quello dei diritti fondamentali *sull'*applicazione giudiziale del diritto, il secondo è quello dei diritti fondamentali *nell'*applicazione giudiziale del diritto⁸. Due profili che sono sì distinti, ma non anche irrelati: l'individuazione dei diritti fondamentali *sull'*applicazione giudiziale del diritto si riflette infatti e condiziona, almeno in parte, la possibilità stessa di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali *nell'*applicazione giudiziale del diritto.

⁷ Vale, ancora una volta, quanto si è già segnalato prima alla nota 5 riguardo ai criteri di validità materiale: per quanto con diversa enfasi e in una non coincidente prospettiva teorico-concettuale, critiche ad una concezione meccanicistica e/o logicistica dell'applicazione (giudiziale) del diritto sono proprie anche dei più autorevoli esponenti del giuspositivismo del novecento, Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

⁸ La distinzione fra diritti fondamentali *sull'*applicazione giudiziale del diritto e diritti fondamentali *nell'*applicazione giudiziale del diritto richiama (ma non coincide con) la distinzione, proposta da G. Ubertis [2002, pp.173-174], fra diritti *del* processo penale e diritti *nel* processo penale. Nei termini in cui la distinzione è tracciata da Ubertis, i diritti *del* processo penale sono: «i diritti riconosciuti alle parti (e soprattutto all'imputato) nell'ambito del processo con specifico riferimento alle attività processuali, individuando quelli indefettibili in quanto caratterizzanti la giurisdizione», mentre, i diritti *nel* processo penale sono i «diritti fondamentali extraprocessuali che possono essere violati dallo svolgimento del processo penale, al fine di determinare se ciò sia giuridicamente consentito ed eventualmente in quali limiti e con quali modalità. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di arresto o di detenzione ovvero a quelle di perquisizione o di intercettazione telefonica: è evidente come nel primo caso si tratti di una limitazione del diritto di libertà personale e nel secondo si abbia una ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata».

2.1. *Diritti fondamentali sull'applicazione giudiziale del diritto*

Nonostante le critiche spesso fondate e condivisibili sui ritardi e/o sull'inadeguatezza degli interventi legislativi⁹, è tuttavia innegabile una manifesta attenzione del legislatore (sovra)nazionale per la definizione di modelli processuali improntati alla garanzia dei diritti fondamentali, di modelli processuali, cioè, che siano essi stessi espressione di una compiuta attuazione dei diritti fondamentali e che, al tempo stesso, dei diritti fondamentali consentano un'effettiva tutela giudiziale.

Conferma di quest'attenzione è l'esplicita enunciazione di un catalogo più o meno ampio e articolato di diritti fondamentali inerenti all'applicazione giudiziale del diritto sia a livello nazionale nella costituzione degli ordinamenti giuridici contemporanei di molti paesi (occidentali), sia in documenti, solenni e autorevoli (anche se non sempre vincolanti), di carattere regionale e internazionale (così, ad esempio, nella Dichiarazione Universale del 1948, nella Convenzione Europea del 1950, e, più di recente, nella Carta di Nizza approvata nel 2000).

A questa manifesta attenzione del legislatore (sovra)nazionale non corrisponde, però, una soluzione univoca né riguardo alla scelta dei valori da attuare e tutelare, né riguardo alla scelta degli strumenti più idonei alla loro realizzazione.

In particolare, non è univoca la scelta dei valori: e lo testimonia, al di là di alcune pur significative concordanze, la non equivalenza fra diritti elencati in cataloghi di ordinamenti diversi, quando non addirittura nella loro diversa declinazione, in uno stesso ordinamento, rispetto ad ambiti processuali diversi.

E ancora, non è univoca la scelta degli strumenti da adottare: e lo denunciano le critiche spesso rivolte all'inadeguatezza / insufficienza delle misure legislative di volta in volta adottate.

Attenzione, quindi, tanto grande e manifesta quanto, forse, ampio ed evidente è il dissenso che accompagna sia la selezione dei valori di cui si assume che l'applicazione giudiziale del diritto debba essere garante, sia la specificazione delle modalità ritenute più idonee ad assicurarne l'attuazione.

Attenzione e dissenso che non possono non riflettersi, l'una e l'altro, per quanto ovviamente in termini non sempre equivalenti, sulle forme e sui modi in cui si configura il ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si articola la risoluzione di una controversia.

2.2. *Diritti fondamentali nell'applicazione giudiziale del diritto*

Non meno centrale del ruolo di carattere procedurale nella scansione delle forme e dei modi dell'applicazione giudiziale è il ruolo di carattere sostanziale che, in molti ordinamenti giuridici contemporanei, i diritti fondamentali hanno nella e per la decisione delle controversie.

⁹ Così, ad esempio, quelle elencate da M. Taruffo [2002].

Non meno rilevante è, infatti, il ruolo che i diritti fondamentali spesso hanno, in positivo o in negativo, in forma diretta o in forma indiretta, nel processo decisorio che porta alla soluzione di una controversia.

In modo *positivo* quando dei diritti fondamentali, in forma diretta o indiretta, si dà tutela giudiziale. In modo *negativo* quando, invece, per ragioni dettate dallo svolgimento di alcune attività processuali, la legge consente la possibilità di una loro deroga.

Rilevante il loro ruolo nell'un caso e nell'altro.

In negativo, quando la legge consente, cioè, la possibilità di una loro deroga (così, ad esempio, la limitazione del diritto alla libertà personale nei casi in cui siano previsti l'arresto o la detenzione, o l'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata nei casi in cui siano previsti le perquisizioni o le intercettazioni telefoniche)¹⁰, il loro ruolo è rilevante perché testimonia della (potenziale) competitività fra i valori soggiacenti a diritti fondamentali diversi¹¹ ed esemplifica l'esigenza di un loro bilanciamento e/o della definizione di una complessa rete di eccezioni e di vincoli¹².

In positivo, quando, cioè, dei diritti fondamentali si dà applicazione giudiziale, il loro ruolo è rilevante non solo, com'è ovvio, se ed in quanto intervengono come (o, almeno, concorrono ad integrare la) *ratio decidendi* di una controversia, ma soprattutto perché testimoniano del tratto forse più significativo di uno stato costituzionale di diritto: l'effettiva azionabilità e giustiziabilità dei diritti fondamentali, non la loro mera enunciazione.

Diverse le forme, *dirette* e *indirette*, in cui dei diritti fondamentali può darsi applicazione giudiziale anche, ma non solo, in relazione ad ordinamenti giuridici differenti.

Tra quelle *dirette*, una prima forma di tutela dei diritti fondamentali si ha nel caso in cui i giudici di primo grado di giudizio possono intervenire sul controllo di costituzionalità delle leggi direttamente, o, indirettamente: direttamente come, ad esempio, nel caso dell'ordinamento degli Stati Uniti caratterizzato da un sistema di controllo diffuso di costituzionalità delle leggi che consente al giudice di primo grado di non applicare una legge che ritenga incostituzionale; indirettamente come, ad esempio, nel caso dell'ordinamento italiano dove l'accesso alla Corte Costituzionale per via incidentale consente al giudice di primo grado di sospendere il

¹⁰ È questo il caso cui fa riferimento G. Ubertis [2002, p. 173] quando distingue i diritti *del* processo penale dai diritti *nel* processo penale e caratterizza questi ultimi come «diritti fondamentali extraprocessuali che possono essere violati dallo svolgimento del processo penale».

¹¹ Sulla (potenziale) competitività fra i valori soggiacenti a diritti fondamentali diversi, cfr., *infra*, § 3.2.3.

¹² Dopo le prime ed incisive formulazioni del problema da parte di R. Dworkin [1968], [1977] e R. Alexy [1985], la letteratura sul tema è sempre più vasta. Da ultimo, in particolare, cfr. B. Celano [2002 b], J.J. Moreso [2002], L. Prieto Sanchís [2002].

giudizio, sollevando una questione di costituzionalità, se ed in quanto ritenga che la norma da applicare per la risoluzione della controversia sia incostituzionale.

Una seconda forma diretta di tutela dei diritti fondamentali si ha nel caso di eventuali metanorme e/o di possibili prassi giurisprudenziali che esplicitamente sanciscano (le prime), o comunque consentano (le seconde), un'azionabilità e/o una giustiziabilità diretta dei diritti. Ad esempio: in assenza di una normativa che ne disciplini le modalità di possibile attuazione, assolvere, in nome del diritto di sciopero, dall'eventuale accusa di interruzione di un pubblico servizio chi, per motivi sindacali e/o rivendicativi, si sia astenuto dal lavoro; o, ancora, in nome del diritto alla tutela dell'ambiente, condannare atti e fatti che (indipendentemente da un loro esplicito e circostanziato divieto legislativo) costituiscano una (grave) minaccia alla tutela dell'ambiente.

Un possibile esempio di metanorma che stabilisce una diretta azionabilità e giustiziabilità dei diritti fondamentali è offerto dall'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge»¹³.

In assenza di una metanorma che, come l'art. 8 della Dichiarazione universale, la sancisca esplicitamente, l'azionabilità e giustiziabilità dei diritti fondamentali si può affermare attraverso il consolidarsi di prassi giurisprudenziali. Prassi che, nel lessico di Guastini, testimoniano del grado di "costituzionalizzazione" di un ordinamento¹⁴.

Una terza forma diretta di tutela dei diritti fondamentali si può forse affermare che si realizzi anche in ogni ordinamento in cui viga il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, in ogni ordinamento, cioè, che consideri la lesione dei diritti fondamentali che si determina con la commissione di un reato, tanto grave da essere condizione sufficiente perché su tale lesione si indaghi anche in assenza di una denuncia da parte di chi ne sia stata la vittima.

Tra le forme *indirette* di tutela e attuazione si può includere, forse, quella relativa all'applicazione delle leggi che, di uno o più diritti fondamentali enunciati a livello costituzionale, specificchino, almeno in parte, i termini di attuazione e tutela e/o circoscrivano la loro portata rispetto ai valori di cui possano essere espressione. Indiretta, questa forma di tutela, se ed in quanto la definizione legislativa dei termini in cui configurare l'attuazione e la tutela di uno o più diritti fondamentali costituisce, di fatto, un filtro rispetto alla varietà delle loro possibili letture o alla pluralità di modi di intendere i valori di cui sono espressione; un filtro, cioè, rispetto alla pluralità di forme possibili della loro giustiziabilità.

Tra le forme indirette di tutela e attuazione rientra invece a pieno titolo la

¹³ La tutela giudiziale dei diritti fondamentali è esplicitamente affermata anche dall'art. 7 della Dichiarazione universale del 1948, dall'art. 13 della Convenzione Europea del 1950, e nella Costituzione Italiana, dall'art. 24.

¹⁴ Cfr. R. Guastini [2002].

prassi giurisprudenziale di richiamarsi a diritti fondamentali (sanciti a livello costituzionale) come strumento di interpretazione (come chiave di lettura privilegiata) delle leggi di cui dare applicazione, la prassi, cioè, della cosiddetta interpretazione adeguatrice della legge¹⁵.

Ruolo quello dei diritti fondamentali nel processo decisorio dell'applicazione giudiziale del diritto che, in negativo o in positivo, in forma diretta o in forma indiretta, seppure non sempre in termini coincidenti, si riflette sul ragionamento giudiziale enfatizzandone il carattere approssimato e defettibile ad un tempo.

3. *Diritti fondamentali e ragionamento giudiziale*

Difficile negare, come mostrano le osservazioni che precedono, il ruolo sempre più pervasivo e preponderante dei diritti fondamentali sia, sotto il profilo procedurale, nella scansione delle forme e dei modi della giurisdizione, sia, sotto il profilo sostanziale, nella risoluzione stessa delle controversie. Tanto innegabile, nell'ordinamento giuridico di uno stato costituzionale di diritto, la pervasività del loro ruolo (anche) in tema di applicazione giudiziale del diritto, quanto lo è la problematicità della loro nozione (§ 3.1). Problematicità che trova conferma sia a livello epistemologico riguardo alla definizione dei canoni di conoscibilità di ciò che si assume abbia (possa e/o debba avere) valore di diritti fondamentali (§ 3.2), sia a livello logico riguardo alla caratterizzazione degli strumenti logici idonei a render conto del carattere defettibile e approssimato degli argomenti che intervengono nel ragionamento giudiziale quando questo abbia ad oggetto l'attuazione e/o la tutela di diritti fondamentali (§ 3.3).

3.1. *Diritti fondamentali: una nozione problematica*

La nozione di 'diritti fondamentali' è controversa, e non può non esserlo, perché ha, e non può non avere, un'intrinseca connotazione assiologica; perché è, e non può non essere, dipendente dalla e sussidiaria alla nozione di valori¹⁶.

¹⁵ L'espressione è di R. Guastini [2002, p. 155] che chiarisce: «L'interpretazione adeguatrice è [...] quella che adegua, armonizza, la legge alla costituzione (previamente interpretata, s'intende), scegliendo – di fronte ad una duplice possibilità interpretativa – il significato (ossia la norma) che evita ogni contraddizione tra legge e costituzione. L'effetto di siffatta interpretazione è ovviamente quello di conservare validità ad una legge che, diversamente, dovrebbe essere dichiarata incostituzionale». L'interpretazione adeguatrice è, nell'analisi di Guastini, una delle condizioni del processo di costituzionalizzazione di un ordinamento giuridico.

¹⁶ In una prospettiva non del tutto coincidente con quella adottata nel testo, della problematicità della nozione di diritti fondamentali e dei principali ordini di difficoltà con i quali

I diritti fondamentali, infatti, sono l'affermazione di valori da attuare, tutelare o promuovere (come, ad esempio, l'eguaglianza, l'equità, la dignità umana, la libertà individuale, la pace) e/o l'affermazione di mezzi necessari all'attuazione, tutela o promozione di valori (come, ad esempio, il diritto all'educazione scolastica quale mezzo di promozione della dignità umana o il diritto alla libertà religiosa quale mezzo di tutela della libertà individuale). In entrambi i casi, i diritti fondamentali sono entità fondate su valori, e proprio perché sono l'affermazione di valori e/o di mezzi necessari alla loro attuazione e tutela acquistano essi stessi un'intrinseca connotazione assiologica¹⁷. Intima connessione con i valori, e, quindi, intrinseca connotazione assiologica, che, è opportuno sottolineare, è indipendente sia dalle diverse concezioni sul loro eventuale fondamento ultimo, sia dalla scelta di una loro possibile diversa denominazione (quale, ad esempio, diritti umani, diritti naturali, diritti soggettivi, o diritti costituzionali).

Ora, se ed in quanto entità di natura intrinsecamente assiologica, la loro individuazione è tutt'altro che ovvia e immediata perché, banalmente, è tutt'altro che ovvia e immediata l'individuazione dei valori di cui devono essere espressione o strumenti di attuazione. Detto altrimenti, la mancanza di consenso sulla (ri)cognizione di quali siano (possano, debbano essere) i valori da affermare non può non riflettersi sulla (ri)cognizione di quali siano (possano, debbano essere) i diritti fondamentali da tutelare.

E ancora, se ed in quanto entità di natura assiologica non dissimili dai valori di cui sono espressione o strumento di attuazione, si pongono due quesiti di centrale rilievo sotto il profilo giuridico e sotto quello più specificamente giudiziale: il primo quesito è se la positivizzazione (l'esplicita enunciazione) in un ordinamento giuridico (nazionale) sia *condizione necessaria* perché, in quell'ordinamento, di un diritto fondamentale si *possa* avere tutela giudiziale; il secondo quesito è se la positivizzazione (l'esplicita enunciazione) in un ordinamento giuridico (nazionale) sia *condizione sufficiente* perché, in quell'ordinamento, di un diritto fondamentale si *debba* avere tutela giudiziale.

Se ed in quanto entità di natura assiologica non dissimili dai valori di cui sono espressione o strumento di attuazione, i diritti fondamentali giustificano, quindi, dubbi e quesiti che non possono non tradursi in difficoltà epistemologiche sulle forme e i modi della loro eventuale conoscibilità, e in difficoltà logiche sulle forme e i modi in cui si configurano il ragionamento e l'argomentazione giuridica, e più specificamente giudiziale, quando abbiano ad oggetto (anche) i diritti fondamentali.

si scontra ogni tentativo di delineare una teoria dei diritti fondamentali, mi sono occupata in [2002, in particolare, pp. 22-32] e [2003].

¹⁷ Riprendo qui la caratterizzazione della nozione di diritti fondamentali che ho già proposto in [1993, p. 204].

3.2. Difficoltà epistemologiche

Sotto il profilo epistemologico, sono due i principali ordini di difficoltà, fra loro strettamente connessi, ai quali dà origine e con cui si scontra la nozione di diritti fondamentali.

Il primo ordine di difficoltà riguarda la (ri)definizione dei criteri di individuazione del diritto (i.e. delle norme valide il cui insieme integra e costituisce un ordinamento giuridico), e la definizione dei canoni di conoscibilità degli stessi diritti fondamentali che dei criteri di individuazione del diritto valido costituiscono (accanto e oltre alla dimensione formale della conformità alle metanorme di procedura e/o di competenza) la dimensione sostanziale della conformità ai (o almeno della non difformità dai) valori di cui essi stessi sono espressione.

Il secondo ordine di difficoltà riguarda la (ri)affermazione, in termini forse ancora più radicali di quanto non siano quelli della sua versione antiformalista, della tesi della non univocità dell'interpretazione giuridica. Non univocità tanto delle modalità di esecuzione quanto dei risultati dell'interpretazione giuridica sia nel caso ne costituiscano oggetto le disposizioni (costituzionali) che sono formulazione di diritti fondamentali, sia nel caso ne costituisca oggetto la (ri)lettura di disposizioni legislative sulla base dei valori di cui i diritti fondamentali sono espressione.

I due ordini di difficoltà sono strettamente connessi anche se non sono necessariamente coincidenti: le difficoltà di fissare canoni di conoscibilità dei diritti fondamentali (e, quindi, delle norme che integrano e costituiscono un ordinamento se ed in quanto la loro validità dipenda anche dalla loro non difformità dai valori di cui i diritti fondamentali sono espressione) non possono, infatti, non riflettersi anche sulle difficoltà relative all'interpretazione (delle disposizioni costituzionali che sono formulazione) dei diritti fondamentali, così come sulle difficoltà di un'interpretazione delle disposizioni legislative che si richiami ai valori di cui i diritti fondamentali sono espressione. Questi due ordini di problemi non possono, cioè, non essere strettamente connessi perché individuazione e interpretazione del diritto valido sono due momenti, complementari e simmetrici, della conoscenza del diritto.

Ora, entrambi questi ordini di problemi (sia quello relativo all'individuazione, sia quello relativo all'interpretazione del diritto valido in ragione del ruolo che i diritti fondamentali hanno per l'uno e per l'altro dei due momenti della conoscenza del diritto), sono conseguenza di una triplice fonte di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali, dell'insieme di ciò che, secondo i casi, si assume abbia (possa e/o debba avere) valore di diritti fondamentali¹⁸. Triplice

¹⁸ Su questa triplice fonte di indeterminatezza (*fuzziness*) dell'insieme dei diritti fondamentali, cfr. anche T. Mazzaresse [1993], [2002, pp. 30-31], M. Koskenniemi [1999], B. Celano [2002]. Per quanto in termini non del tutto coincidenti, di questa triplice fonte di indeterminatezza v'è menzione già in N. Bobbio, [1968¹, 1992², p. 38].

fonte di indeterminatezza che, proprio in ragione dell'intima connotazione assiologica dei diritti fondamentali (§ 3.1), sembra essere ineludibile indipendentemente dalla cura posta nella stesura e declinazione di un loro catalogo.

La prima ragione di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali dei quali garantire tutela giudiziale è dovuta al dissenso su quali siano (possano e/o debbano essere) i diritti fondamentali da includere in tale insieme (§ 3.2.1); la seconda e la terza ragione di indeterminatezza, una volta individuati e/o formulati i diritti fondamentali dell'insieme, sono dovute, invece, alla pluralità di letture di cui (la formulazione di) ciascun diritto fondamentale è passibile (soprattutto, ma non esclusivamente) in ragione della varietà di concezioni del valore (e/o dei valori) di cui esso è espressione (§ 3.2.2) e alla (potenziale) competitività (sincronica e diacronica) fra diritti fondamentali diversi di uno stesso insieme (§ 3.2.3).

Detto altrimenti, la prima ragione di indeterminatezza riguarda i *criteri di individuazione* dei diritti fondamentali da includere nella redazione del loro catalogo (e, quindi, anche la risposta all'interrogativo se il loro catalogo sia da considerare chiuso o aperto); la seconda e la terza ragione riguardano, invece, i *criteri di interpretazione* (delle formulazioni) dei diritti fondamentali inclusi in un dato catalogo, sia in ragione della pluralità di concezioni dei valori ad essi soggiacenti, sia in ragione della loro (potenziale) competitività (sincronica e diacronica).

3.2.1. *Indeterminatezza e criteri di individuazione dei diritti fondamentali*

La prima ragione di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali dei quali garantire tutela giudiziale è dovuta al dissenso su quali siano (possano e/o debbano essere) i diritti fondamentali da includere in tale insieme.

Dissenso, questo, diversamente da quanto forse si potrebbe pensare, relativo non tanto al classico quesito del loro fondamento ultimo, quanto piuttosto (a) alla varietà di valori che, secondo concezioni diverse (siano esse morali, religiose, ideologiche o politiche), si ritiene siano *i* valori da attuare e da difendere mediante l'enunciazione di diritti fondamentali e mediante la rivendicazione della loro protezione, e (b) alla varietà di diritti fondamentali che, secondo concezioni diverse (siano esse morali, religiose, ideologiche o politiche), si ritiene siano *i* diritti fondamentali che costituiscono i mezzi necessari per promuovere e garantire i valori che si è deciso di attuare e difendere (alla varietà, cioè, di quanto possa essere considerato un mezzo necessario per l'attuazione di un dato valore).

Il dissenso sull'individuazione dei diritti fondamentali non si esaurisce, quindi, nella ricerca di un loro possibile fondamento ultimo. È difficile non condividere, infatti, l'affermazione di Bobbio secondo la quale una tale ricerca non è altro che un'illusione. Scrive Bobbio: «Questa illusione fu comune per secoli ai giusnaturalisti, i quali credettero di aver messo certi diritti (ma non erano sempre gli stessi) al riparo da ogni possibile confutazione derivandoli direttamente dalla

natura dell'uomo»¹⁹. E ancora: «Questa illusione oggi non è più possibile; ogni ricerca del fondamento assoluto è, a sua volta, infondata»²⁰. Da qui il monito di Bobbio, secondo il quale: «Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico, ma politico»²¹.

Ora, per quanto conseguente sotto il profilo pragmatico e auspicabile sotto il profilo giuridico, politico ed etico, il monito di Bobbio rischia, però, di essere fuorviante. Rischia di essere fuorviante perché lascia irrisolto il quesito di fondo di *quali* siano i diritti fondamentali da proteggere e rendere effettivi; perché non dice, cioè, quale sia (possa o debba essere) il criterio di individuazione e definizione dell'insieme dei diritti fondamentali dei quali pure rivendica l'urgenza che vengano "garantiti". È un monito, cioè, che rischia di essere fuorviante proprio perché, implicitamente, presuppone un criterio che consente di riconoscere cosa abbia (possa o debba avere) valore di diritto fondamentale. Ma, in contrasto con questa assunzione implicita, la mancanza (il dissenso sull'individuazione) di tale criterio è proprio la principale fonte di difficoltà, di carattere teoretico e filosofico, che rende problematica la nozione di diritti fondamentali sotto il profilo giuridico e, in particolare, sotto quello giudiziale. E di questa difficoltà mostra di essere pienamente consapevole lo stesso Bobbio, là dove afferma che: «Oltre alle difficoltà giuridico-politiche, la tutela dei diritti dell'uomo va incontro a difficoltà inerenti al contenuto stesso di questi diritti»²².

Il nucleo di difficoltà in esame trova numerose conferme tanto in relazione al diritto internazionale, quanto in relazione al diritto interno dei singoli stati.

In particolare, con riferimento al diritto internazionale, sono note le critiche rivolte al catalogo dei diritti fondamentali elencati nelle carte e/o nei patti che si

¹⁹ N. Bobbio [1965¹, 1992², pp. 6-7].

²⁰ N. Bobbio [1965¹, 1992², p. 7].

²¹ N. Bobbio [1965¹, 1992², p. 16, corsivo dell'autore]. Monito, questo, ribadito da Bobbio pochi anni dopo [1968¹, 1992², pp. 17-18], quando afferma che «Il problema che ci sta dinanzi [...] non è filosofico ma giuridico, e in più largo senso politico. Non si tratta tanto di sapere quali e quanti siano questi diritti, quale sia la loro natura e il loro fondamento [...], ma quale sia il modo più sicuro per garantirli, per impedire che nonostante le dichiarazioni solenni vengano continuamente violati».

²² N. Bobbio [1968¹, 1992², p. 38]. E ancora, ulteriore conferma della piena consapevolezza della difficoltà in esame è la risposta suggerita da Bobbio per superarla (p. 18): «quando dico che il problema sempre più urgente di fronte al quale ci troviamo non è il problema del fondamento ma quello delle garanzie, voglio dire che consideriamo il problema del fondamento non come inesistente ma come, in un certo senso, risolto [...]. Si può dire infatti che oggi il problema del fondamento dei diritti dell'uomo ha avuto la sua soluzione nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948». Se questa risposta risolve o invece riproponga la difficoltà in esame è dubbio. Lo mostrano, ad esempio, le osservazioni di L. Baccelli [1999, pp. 96-100] e [2002, pp. 135-136].

sono succeduti a partire dalla *Dichiarazione Universale* del 1948²³; critiche che, pur variamente formulate e argomentate, denunciano, tutte, la connotazione ideologico-culturale di matrice occidentale e problematizzano, quando non addirittura negano, la pretesa universalità (di parte) dei diritti fondamentali che in questi documenti hanno trovato un'esplicita affermazione.

E ancora, con riferimento al diritto interno di uno stato, il dubbio è se i diritti fondamentali dei quali garantire la tutela giudiziale siano tutti e solo quelli che hanno già avuto un esplicito riconoscimento, un'esplicita enunciazione, nell'ordinamento giuridico statale. In altre parole, il dubbio può essere riformulato richiamando i due interrogativi già individuati quando si è sottolineata l'intrinseca valenza assiologica dei diritti fondamentali (§ 3.1), ossia: (a) il quesito se la positivizzazione (l'esplicita enunciazione) in un ordinamento giuridico (nazionale) sia *condizione necessaria* perché, in quell'ordinamento, di un diritto fondamentale si *possa* avere tutela giudiziale; e (b) il quesito se la positivizzazione (l'esplicita enunciazione) in un ordinamento giuridico (nazionale) sia *condizione sufficiente* perché, in quell'ordinamento, di un diritto fondamentale si *debba* avere tutela giudiziale.

Una risposta affermativa a questi due quesiti consentirebbe certo di evitare imbarazzanti e discutibili compromissioni di matrice giusnaturalista. Ma, per quanto forse desiderabile, una risposta affermativa a questi due quesiti si scontra con l'opinione ampiamente condivisa secondo la quale, per dirla con Bulygin, «los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del derecho positivo»²⁴.

Opinione, questa espressa da un giuspositivista sincero come Bulygin, che, indipendentemente da qualsiasi propensione giusnaturalista, sembra trovare conferma in alcune formulazioni tanto del diritto pubblico internazionale quanto di alcune carte costituzionali nazionali. Così, ad esempio, il nono emendamento della Costituzione degli Stati Uniti afferma che: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people», e secondo l'art. 2 della Costituzione Italiana: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»²⁵.

²³ Sul complesso intreccio di dissensi politici e di tensioni ideologiche alla base della stesura della Dichiarazione universale del 1948, cfr., per tutti, A. Cassese [1994, pp. 21-49].

²⁴ E. Bulygin [1987¹, 1991², p. 619].

²⁵ Con riferimento alla Costituzione Italiana e al suo art. 2, il quesito in esame è affrontato, ad esempio, da A. Barbera [1975, pp. 80-101] e A. Pace [2001]. Più in generale, cfr., inoltre, T. Mazza [1993], [2002, p. 23], R. Guastini [1998, pp. 343-344], G. Rolla [2001, pp. 21-26].

3.2.2. Indeterminatezza e criteri di interpretazione: la formulazione dei diritti fondamentali

L'insieme di diritti fondamentali dei quali assicurare tutela giudiziale non è indeterminato solo in ragione dei diversi possibili atteggiamenti dei giudici riguardo ai (presunti) diritti fondamentali che non abbiano trovato esplicita positivizzazione nel diritto interno. Tale insieme continuerebbe ad essere indeterminato anche nel caso in cui si dovesse decidere di circoscriverlo ai diritti fondamentali esplicitamente statuiti in un dato ordinamento.

Una prima ragione di questa affermazione è, banalmente, che la formulazione linguistica delle disposizioni giuridiche che esprimono diritti fondamentali è vaga, e non solo generale. Volendo citare un caso già proposto da Dworkin, si pensi, ad esempio, alla cosiddetta *Equal Protection Clause* formulata nel quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti: «Nor shall any State [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law». Come sottolinea lo stesso Dworkin: «The Clause makes the concept of equality a test of legislation, but it does not stipulate any particular conception of that concept»²⁶.

Una ragione ulteriore dell'affermazione in esame è data dal fatto che un tratto distintivo della formulazione linguistica delle disposizioni giuridiche che esprimono diritti fondamentali è l'uso di termini valutativi. Un esempio paradigmatico è individuato da Twining e Miers²⁷ nella formulazione dell'articolo 3 della *Convenzione Europea sui Diritti Umani* del 1950: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment». La natura emotiva (o, detto altrimenti, valutativa e vaga) dei termini 'tortura', 'inumano', e 'degradante' che ricorrono nella formulazione di questo articolo è incisivamente messa in evidenza da Twining e Miers per mezzo di una serie di quesiti che consentono di rendere palese la pluralità di letture e/o di dubbi interpretativi di cui ognuno di questi termini può essere passibile.

Tanto ovvie quanto manifeste, in sede interpretativa, le conseguenze dell'indeterminatezza caratteristica delle formulazioni linguistiche delle disposizioni che esprimono diritti fondamentali. Indeterminatezza che non può non riflettersi e trovare espressione in una discrezionalità ben più accentuata di quella che accompagna l'interpretazione di qualsiasi formulazione linguistica di una legge. Anche accantonando il dubbio se la differenza sia solo quantitativa e non piuttosto qualitativa, è infatti difficile non condividere, estendendola alla maggior parte dei diritti fondamentali, la considerazione che Cappelletti fa in relazione ai diritti di *welfare* (ai diritti, cioè, sociali, economici e culturali): «The creative character of judicial interpretation and enforcement of [...] welfare laws and rights can

²⁶ R. Dworkin [1977, p. 226].

²⁷ W. Twining e D. Miers [1976¹, 1982², pp. 61-62].

hardly be hidden. To be sure, the difference *vis-à-vis* the more traditional rôle of the judges is one of degree, not of essence. Interpretation is always creative, and at least a minimum of discretion is unavoidable in any kind of judicial interpretation. Yet, as a rule, creativity is both more apparent and more accentuated in these newer areas which have opened up to the judicial function. For the more vague a statute and the less defined a right, the more space is obviously left for the discretion in judicial decision-making»²⁸.

Questa seconda fonte di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali rivela un'ovvia difficoltà per la loro tutela giudiziale. Sorprendentemente, però, questa fonte di indeterminatezza non sempre è (stata) considerata un tratto problematico per la giustiziabilità dei diritti fondamentali. In particolare, non è (stata) considerata un tratto problematico, ad esempio, nella letteratura anglo-americana sull'interpretazione costituzionale. Letteratura, questa, nella quale è tutt'altro che isolata o minoritaria la posizione di chi individua nel carattere vago e valutativo della formulazione linguistica delle disposizioni giuridiche che esprimono diritti fondamentali non un difetto, ma un pregio; la posizione di chi, cioè, proprio nel carattere vago e valutativo delle loro formulazioni individua ciò che consente ai giudici di rendere effettivi i diritti fondamentali nella loro progressiva evoluzione che accompagna l'emergere dei nuovi bisogni di ogni società in via di sviluppo. Significativa la conferma di questa posizione offerta da Hufstедler quando scrive: «I intend no irony in describing the words from the Bill of Rights as 'glorious ambiguities'. The very elusiveness of their content has made it possible to shape and reshape constitutional doctrine to meet the needs of an evolving, pluralistic, free society. Precision has an honored place in writing a city ordinance, but it is a death warrant for a living constitution»²⁹.

E ancora, per quanto in termini non coincidenti e con argomenti non sempre equivalenti, vaghezza e valutatività delle formulazioni linguistiche dei diritti fondamentali positivizzati sono spesso considerati un tratto non negativo, ma (potenzialmente) positivo anche nella letteratura neocostituzionalista. È così, in particolare, nelle analisi di chi a un diritto certo contrappone un diritto mite³⁰, di chi alla certezza del diritto contrappone come valore altro e preminente quello dell'equità, della giustizia del caso particolare.

²⁸ M. Cappelletti [1989, p. 16].

²⁹ S.M. Hufstедler [1979, pp. 4-5]. Affermazione, quella riportata nel testo, ottimistica e al tempo stesso unilaterale: difficile ignorare infatti che l'indeterminatezza della formulazione linguistica dei diritti fondamentali può essere (e di fatto è stata) uno strumento che consente ai giudici di perseguire fini diversi e confliggenti; che è, cioè, un mezzo che i giudici possono usare tanto per tener conto dell'emergere di nuovi bisogni in "an evolving, pluralistic, free society", quanto per ignorarli e negarli.

³⁰ Così, in particolare, G. Zagrebelsky [1992].

3.2.3. Indeterminatezza e criteri di interpretazione: la (potenziale) competitività fra diritti fondamentali

E ancora, un'ulteriore fonte di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali di cui garantire la tutela giudiziale è la (potenziale) competitività dei diritti fondamentali sia nel caso in cui il loro catalogo sia circoscritto all'insieme dei diritti esplicitamente riconosciuti dal diritto interno, sia nel caso in cui si convenga di poter tener conto anche di diritti proclamati in ambito sovranazionale³¹ e/o di diritti non esplicitamente enunciati in disposizioni di diritto positivo³².

Due i principali tipi di conflitti che possono darsi fra diritti fondamentali, indipendentemente dal fatto che essi siano o no espressamente enunciati in un dato ordinamento giuridico³³: (a) conflitti che derivano da concezioni diverse e divergenti del valore di cui uno stesso diritto fondamentale è espressione o strumento di attuazione, e (b) conflitti che derivano dall'impossibilità di tutelare e/o attuare

³¹ Due gli esempi che G. Rolla [2001, p. 23] segnala di «clausole che aprono l'ordinamento nazionale alle codificazioni internazionali in materia di diritti fondamentali della persona»: l'art. 10 della Costituzione spagnola («Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce si interpretano in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti umani ed i trattati ed accordi internazionali sulla medesima materia ratificati dalla Spagna»), e l'art. 16 della Costituzione portoghese («Le disposizioni costituzionali e di legge relativi ai diritti fondamentali debbono essere interpretate ed integrate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti umani»).

³² Due i possibili esempi, già richiamati nel testo (§ 3.2.1.): il nono emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, e l'art. 2 della Costituzione Italiana. E ancora, secondo G. Rolla [2001, pp. 24-25], che li caratterizza come «clausole di apertura generali che si richiamano al valore fondamentale della persona ed al suo libero sviluppo», ulteriori esempi possono essere individuati, ad esempio, nell'art. 2 della Legge Fondamentale tedesca e nell'art. 5 della Costituzione greca.

³³ Indipendentemente da qualsiasi differenza nel caratterizzarli e/o nel distinguerne tipi diversi, i conflitti fra diritti fondamentali sono stati spesso indicati come una delle principali difficoltà che dei diritti fondamentali ostacolano una compiuta attuazione e una piena tutela. Così, ad esempio, N. Bobbio [1965], [1968], T. Mazzarese [1993], G. Corso [1996], R. Guastini [1998, pp. 228-231], M. Koskenniemi [1999, pp. 107-111], L. Prieto Sanchís [2002]. In particolare, secondo N. Bobbio [1965], il conflitto fra diritti fondamentali individua una delle ragioni che precludono la possibilità di indicarne un fondamento ultimo. In contrasto con quest'opinione ricorrente, L. Ferrajoli [2000, pp. 51-52 e 77-79] critica radicalmente la possibilità di conflitti fra diritti fondamentali. Secondo Ferrajoli, infatti: «Non ha senso parlare di "conflitti" o peggio di tendenziale o virtuale incompatibilità tra libertà negativa da un lato e diritti di autonomia civile e politica dall'altro. Si deve piuttosto parlare, una volta chiarita la diversa struttura e natura dei diritti primari e secondari, di un'opposizione meno problematica ma molto più seria ed importante: dei limiti imposti alla generica libertà negativa dall'esercizio diretto o indiretto dei diritti di autonomia, nei limiti a questi imposti dai diritti di libertà» (p. 51).

un diritto fondamentale senza violarne un altro, o, almeno, senza circoscriverne la possibile portata.

In particolare, come si è già sottolineato (§ 3.1), ogni diritto fondamentale può essere considerato come un'entità di natura assiologica. Detto altrimenti, ogni diritto fondamentale esprime e/o è strumento di attuazione di valori. Così, solo per fare qualche esempio, è questo il caso dell'eguaglianza, della libertà individuale, del rispetto della dignità umana. Valori, questi, ognuno dei quali, come è ben noto, è stato inteso in una pluralità di modi diversi; valori, questi, che, in modo paradigmatico, esemplificano, tutti, quelli che Gallie ha proposto di chiamare "contested concepts"³⁴. Ne segue, com'è ovvio, che ogni diritto fondamentale può essere letto in tanti modi quante sono le differenti concezioni dei valori di cui esso è espressione e/o strumento di attuazione. E, com'è ovvio, letture diverse di uno stesso diritto sono, in misura più o meno netta secondo i casi, fra loro confliggenti.

E ancora, se ed in quanto entità di natura assiologica non dissimili dai valori di cui sono espressione o strumento di attuazione, etichettare come fondamentale (o, analogamente, come umano o naturale) un dato diritto comporta, di solito, l'assunzione che esso valga universalmente, senza alcuna restrizione. La protezione e l'attuazione di un diritto fondamentale dovrebbe essere garantita, cioè, sempre e a tutti. Questa lettura intuitiva della nozione in esame vale, però, solo per alcuni diritti fondamentali classici e, come sottolinea Bobbio: «Nella maggior parte delle situazioni, in cui viene in questione un diritto dell'uomo, accade [...] che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente l'uno senza rendere inoperante l'altro»³⁵.

Così, riprendendo l'esempio proposto dallo stesso Bobbio, il diritto di libertà di espressione può scontrarsi con il diritto di non essere offeso nelle proprie credenze religiose e/o morali, con il diritto di non essere diffamato, con il diritto di non essere truffato. E ancora, un esempio di più drammatica attualità negli ultimi due anni è offerto dal (presunto) conflitto fra sicurezza e pace. Conflitto (presunto) che si è già venuto configurando come conflitto fra sicurezza e libertà e/o come conflitto fra *la* libertà (tratto che si rivendica come irrinunciabilmente distintivo dei regimi democratici dei paesi occidentali) e *le* libertà, le diverse libertà, cioè, nelle quali la libertà delle democrazie occidentali è stata tradizionalmente declinata, e delle quali oggi si sollecitano deroghe sempre più numerose e inquietanti³⁶.

Di solito i conflitti fra diritti fondamentali derivano dalla protezione di inte-

³⁴ W.B. Gallie [1956].

³⁵ N. Bobbio [1968¹, 1992², p. 39].

³⁶ Sul presunto conflitto fra sicurezza e pace, fra sicurezza e le libertà tradizionalmente riconosciute nelle democrazie occidentali, cfr., *supra*, nota 3. E ancora, sulla tensione fra sicurezza e libertà, fra sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, cfr. B.C. Ramcharan [2002].

ressi sociali diversi e/o da valori confliggenti che diritti fondamentali differenti tendono ad attuare. In sintesi, citando ancora Bobbio: «Attraverso la proclamazione dei diritti dell'uomo abbiamo fatto emergere i valori fondamentali della civiltà umana sino al momento presente. Già, ma i valori ultimi sono antinomici: questo è il problema»³⁷.

Un'ultima notazione. Contrariamente a quanto forse si potrebbe pensare, il fenomeno dei conflitti fra diritti fondamentali, indipendentemente dal tipo di configurazione che esso può assumere, non è semplicemente un caso particolare del fenomeno più generale del conflitto fra norme (del fenomeno, cioè, delle antinomie). Per quanto connessi, i due fenomeni presentano infatti differenze significative. Ne menzionerò tre.

Una prima differenza significativa fra antinomie e conflitti fra diritti fondamentali è che, diversamente da quanto accade per il conflitto fra norme, non è necessario che i diritti fondamentali in conflitto siano esplicitamente espressi da (o almeno implicitamente riconducibili a³⁸) disposizioni di diritto positivo. Detto altrimenti, mentre non si può affermare che vi sia un conflitto fra due norme a meno che ognuna delle due norme sia giuridicamente valida (a meno che, cioè, ognuna delle due norme sia espressa da una disposizione di diritto positivo che non sia stata abrogata), al contrario, è invece possibile affermare che vi sia conflitto fra due diritti fondamentali anche nel caso in cui i due diritti fondamentali non siano, entrambi, espressi da una disposizione di diritto positivo, anche nel caso, cioè, non siano entrambi positivizzati. Se ed in quanto si ritiene che un diritto sia *fondamentale* (se ed in quanto, cioè, sia o possa essere concepito come un valore da tutelare), la sua esplicita positivizzazione può non essere considerata una condizione necessaria per la sua tutela giuridica e/o per la sua giustiziabilità.

Una seconda differenza significativa fra i due fenomeni in esame è, poi, che non si danno criteri grazie ai quali individuare conflitti fra diritti fondamentali, non si danno, cioè, criteri che consentano di decidere univocamente se ed in che misura due diritti confliggano. La competizione e/o la conflittualità dipende, infatti, soprattutto, anche se forse non esclusivamente, dalla lettura dei valori di cui i diritti fondamentali sono espressione e/o strumenti di attuazione. Significativo, quanto drammatico, il caso prima menzionato dell'eventuale contrapposizione fra sicurezza e pace e, di conseguenza, della contrapposizione fra sicurezza e libertà, se non addirittura fra la libertà e le diverse libertà in cui la libertà ha trovato espressione nelle democrazie occidentali. Contrapposizione, questa, eventuale e tutt'altro che ovvia: gli argomenti di chi reclama una deroga sempre più ampia e generalizzata alle libertà e ai diritti fondamentali in nome della sicurezza si

³⁷ N. Bobbio [1968¹, 1992², p. 42].

³⁸ È questo il caso in cui almeno uno dei due termini dell'antinomia è data da una norma implicita, da una norma, cioè, ricavata per via interpretativa da più disposizioni. La sollecitazione di questa precisazione è di Susanna Pozzolo.

scontrano, infatti, con quelli, certamente non meno drastici e perentori, di chi, invece, rivendica una tutela piena e compiuta delle libertà e dei diritti fondamentali come condizione necessaria e imprescindibile di sicurezza.

Una terza differenza significativa fra i due fenomeni in esame è, infine, che, diversamente da quanto usualmente accade nel caso di norme antinomiche, non è previsto alcun criterio giuridico che consenta di risolvere un conflitto fra diritti fondamentali. E, questo, indipendentemente dal fatto già sottolineato che i diritti fondamentali siano o no esplicitamente positivizzati. Gli usuali criteri per la risoluzione delle antinomie si rivelano infatti inadeguati nel caso di conflitti fra diritti fondamentali. Quest'affermazione vale innanzitutto per il principio della *lex superior* e per il principio della *lex specialis*: nessuno di questi due criteri fornisce uno strumento idoneo per la risoluzione di conflitti fra diritti fondamentali perché i diritti fondamentali, in quanto tali, hanno lo stesso rilievo; condividono, cioè, lo stesso livello gerarchico e hanno lo stesso ambito di validità universale. E ancora, neppure il principio della *lex posterior* sembra offrire uno strumento adeguato alla risoluzione dei conflitti fra diritti fondamentali: l'emergere di nuovi diritti fondamentali non comporta infatti, com'è ovvio, che quelli già riconosciuti e tutelati diventino, per così dire "meno fondamentali".

Le caratteristiche peculiari dei conflitti fra diritti fondamentali e le differenze fra questo fenomeno e quello apparentemente analogo dei conflitti fra norme mostrano chiaramente che, di fatto, dipende dalle diverse possibili preferenze dei giudici decidere, sulla base di una discrezionalità quantitativamente maggiore se non anche qualitativamente altra rispetto a quella di cui godono nel caso del conflitto fra norme, quali siano, nel caso di diritti fondamentali confliggenti, quelli ai quali garantire tutela giudiziale.

3.3. Difficoltà logiche

La triplice fonte di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali da attuare e/o da tutelare in un ordinamento giuridico reagisce, com'è ovvio, sulle forme e sui modi in cui si configura il ragionamento giudiziale nelle diverse fasi in cui si articola il processo decisorio di una controversia.

Reagisce, in primo luogo, confermando e rendendo ancora più manifesta la natura costitutiva e non dichiarativa sia delle premesse, giuridica e fattuale, sulle quali si fonda la decisione del caso, sia della sua conclusione, il dispositivo (§ 3.3.1).

E ancora, reagisce, in secondo luogo, confermando e rendendo ancora più manifesto il carattere sia defettibile (e/o non monotono), sia approssimato del ragionamento giudiziale (§ 3.3.2).

3.3.1. Natura costitutiva delle decisioni giudiziali

Secondo una tesi già presente nelle prime formulazioni della kelseniana *reine*

Rechtslehre, le decisioni giudiziali hanno natura costitutiva e non dichiarativa³⁹. E precisamente, di una decisione giudiziale (qualunque sia il tipo di azione che possa esserne oggetto⁴⁰), hanno natura non dichiarativa ma costitutiva sia la conclusione (il dispositivo) perché risultato di una deliberazione (da parte di un organo competente) e non di una mera deduzione logica⁴¹, sia le premesse, giuridica fattuale, perché, l'una e l'altra, sono il risultato non di un processo meramente cognitivo dei fatti oggetto della controversia e/o (ri)cognitivo delle norme da applicare per la sua risoluzione, quanto, invece, di un complesso processo decisorio e valutativo⁴².

³⁹ Di questa tesi mi sono già occupata, in particolare, in [1992], [1996 a, pp. 57-103], [1999].

⁴⁰ La tesi, teoretica, della natura costitutiva, in una decisione giudiziale, della sua conclusione come delle sue premesse, giuridica e fattuale, non va confusa con la classificazione dogmatica secondo la quale le decisioni giudiziali possono essere distinte, secondo il tipo di azione che ne è oggetto, in dichiarative, costitutive e di condanna. Pur non essendo irrelate, la tesi di carattere teoretico e la classificazione di carattere dogmatico sono, nondimeno, distinte e non vanno confuse. Per un'analisi più puntuale e delle differenze e delle possibili relazioni fra l'una e l'altra cfr. T. Mazzaresse [1999].

⁴¹ Che decidere sia altro da dedurre è un rilievo tanto ovvio e banale quanto spesso tenuto in poca considerazione in quelle analisi che individuano nell'apparato categoriale della logica classica una condizione irrinunciabile per fondare e garantire la "razionalità" delle decisioni giudiziali.

⁴² In estrema sintesi, sono tre i principali argomenti (due dei quali già formulati da Kelsen) sui quali si fonda l'affermazione della natura costitutiva della premessa fattuale di una decisione giudiziale: (a) il primo argomento è che l'accertamento dei fatti oggetto di una controversia deve essere operato da un organo competente; (b) il secondo argomento è che tale accertamento deve essere operato in conformità a quanto è stabilito dall'ordinamento giuridico (in conformità, cioè, con quanto stabilito dal diritto delle prove); (c) il terzo argomento è che l'accertamento dei fatti oggetto di una controversia è condizionata dalla qualificazione giuridica che i fatti hanno secondo il diritto, o, in altri termini, dalla fattispecie della norma generale alla quale si ritiene (o, meglio, si decide) di poter ricondurre i fatti della controversia. Tre sono anche i principali argomenti sui quali si fonda l'affermazione della natura costitutiva della premessa giuridica di una decisione giudiziale (argomenti, anche in questo caso, già presenti, seppure non sempre esplicitamente formulati o diffusamente indagati, nell'opera di Kelsen): (a) il primo argomento è che la scelta della disposizione normativa alla quale fare ricorso per l'enunciazione della premessa giuridica è il risultato di un'attività decisoria, e non di un'attività meramente cognitiva e/o ricognitiva del giudice; (b) il secondo argomento è che la scelta del significato (fra i diversi significati possibili) da ascrivere alla disposizione normativa che il giudice decide di adottare per l'enunciazione della premessa giuridica, non diversamente dalla scelta stessa della disposizione, è il risultato di un'attività decisoria; (c) il terzo argomento è che l'applicazione di una norma per la risoluzione di un dato caso, è condizionata da un giudizio di validità sulla norma scelta, giudizio che (analogamente alla scelta della disposizione da adottare e alla scelta della norma espressa dalla disposizione adottata) è il risultato di un'attività decisoria.

Ora, la tesi della natura costitutiva sia delle premesse, giuridica e fattuale, sia della conclusione di una decisione giudiziale, riceve una duplice conferma sia in ragione di quelli ai quali si è qui fatto riferimento come diritti fondamentali *sull'applicazione giudiziale del diritto* (§ 2.1), sia in ragione di quelli ai quali si è qui fatto riferimento come diritti fondamentali *nell'applicazione giudiziale del diritto* (§ 2.2).

Gli uni, i diritti fondamentali sull'applicazione giudiziale del diritto, confermano e testimoniano, infatti, della varietà e della pluralità di vincoli giuridici (legati a quello che, secondo ordinamenti diversi, si intende per garanzia dei diritti delle parti in un processo) e non epistemologici (dettati da eventuali canoni oggettivi di conoscenza) che cadenzano e connotano tanto la cosiddetta fase cognitiva dei fatti oggetto della controversia, quanto quella cosiddetta ricognitiva del diritto da applicare per la sua risoluzione.

Gli altri, i diritti fondamentali nell'applicazione giudiziale del diritto, confermano e testimoniano della matrice ermeneutica, valutativa e soggettiva, del ragionamento giudiziale che rende inadeguato, quanto fuorviante, il ricorso ai canoni della logica deduttiva classica (come, ad esempio, riguardo al rapporto fra conclusione e premesse di una decisione), così come ai canoni della logica induttiva classica e/o della teoria della probabilità (come, ad esempio, riguardo alle diverse fasi dell'accertamento dei fatti del caso) quali strumenti esplicativi del processo decisionale di una controversia.

3.3.2. *Carattere sia defettibile (e/o non monotono) sia approssimato del ragionamento giudiziale*

Il ruolo dei diritti fondamentali nell'applicazione giudiziale del diritto, il ruolo, cioè, che essi hanno (possono e/o devono avere) nell'individuazione delle due premesse e nella scelta della decisione (non deduzione) della soluzione di una controversia, non solo concorre a confermare la natura costitutiva e non dichiarativa delle decisioni giudiziali, ma consente di denunciare quelli che, in contrasto con l'assunto (neo)illuminista del giudice bocca della legge, non possono non essere due tratti distintivi del ragionamento giudiziale: il suo carattere sia defettibile (e/o non monotono), sia approssimato⁴³.

La defettibilità (e/o non monotonicità) del ragionamento giudiziale è un'ovvia conseguenza della competitività (potenziale, quando non reale) fra diritti fondamentali diversi e/o fra i valori di cui essi sono espressione. L'attuazione e/o la tutela di un diritto fondamentale può scontrarsi infatti con l'attuazione e/o la tutela di un diritto fondamentale differente. E ancora, può esservi competitività nell'attuazione e/o tutela di uno stesso diritto fondamentale secondo la lettura

⁴³ Del carattere approssimato del ragionamento giudiziale mi sono già occupata, in particolare, in Mazzaresse [1996 a, pp. 159-204], [1996 b], [1996-1997].

che si assume e/o si propone del valore di cui il diritto fondamentale è espressione (tra gli esempi forse più ovvi quello della vita, del lavoro, della famiglia).

Dato, questo della competitività nell'attuazione o nella tutela di diritti fondamentali diversi, se non di uno stesso diritto fondamentale in ragione di letture diverse del valore (dei valori) di cui esso è espressione, che sollecita l'adozione (se non anche la sperimentazione di nuove forme) di calcoli logici defettibili e/o non monotonicità; di calcoli, cioè, in grado di render conto di forme di ragionamento e/o di argomentazione che, come le forme di ragionamento e/o di argomentazione giudiziale, hanno ad oggetto dati (potenzialmente) contrastanti supportati da ragioni più o meno forti che, secondo i casi, possono prevalere o soccombere rispetto ad altri dati. Calcoli, in altri termini, in cui (a differenza dei calcoli della logica classica che è monotonica e non defettibile) l'introduzione di nuove premesse e/o il cambiamento delle premesse iniziali comporta un cambiamento anche nelle conclusioni, nelle conseguenze che nel calcolo sono derivabili.

Il carattere approssimato del ragionamento giudiziale è, invece, un'ovvia conseguenza di ognuna delle tre principali fonti di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali delle quali si è fatta menzione. Il carattere approssimato del ragionamento giudiziale è, cioè, un'ovvia conseguenza tanto dell'indeterminatezza che deriva dai criteri di individuazione dei diritti fondamentali da includere nella redazione del loro catalogo (e, quindi, anche dai dubbi relativi al quesito se tale catalogo sia da considerare chiuso o aperto), quanto dall'indeterminatezza che deriva dai criteri di interpretazione (delle formulazioni) dei diritti fondamentali inclusi nel catalogo di un dato ordinamento sia in ragione della pluralità di concezioni dei valori ad essi soggiacenti, sia in ragione della loro (potenziale) competitività (sincronica e diacronica).

Dato, questo della triplice fonte di indeterminatezza dell'insieme dei diritti fondamentali dei quali garantire tutela giudiziale, che sollecita l'adozione (se non anche la sperimentazione di nuove forme) di calcoli di logica *fuzzy* o logica del ragionamento approssimato; di calcoli, cioè, in grado di render conto di forme di ragionamento e/o di argomentazione che, come le forme di ragionamento e/o di argomentazione giudiziale, non possono che essere approssimate perché hanno ad oggetto dati che non possono che essere indeterminati⁴⁴.

La logica *fuzzy* o logica del ragionamento approssimato ha tratti sicuramente molto poco rassicuranti (ancora meno rassicuranti di quelli della logica defettibile e/o non monotonica) per qualsiasi giurista legato ad una concezione tradizio-

⁴⁴ Per quanto i suoi primi calcoli risalgano solo alla seconda metà del secolo scorso, la letteratura sulla logica *fuzzy* è ormai molto vasta. Per alcune indicazioni bibliografiche, cfr. T. Mazzaresse [1996, p. 164, n. 10]; per una lettura introduttiva che offra una panoramica di alcune delle sue implicazioni teoretico-concettuali e/o dei diversi campi delle sue possibili applicazioni e/o della varietà delle sue configurazioni, cfr., ad esempio, D. McNeill, P. Freiburger [1993], B. Kosko [1994] e S. Haack [1996, pp. 229-242], A. Sangalli [1998].

nale del dogma della certezza del diritto, e ha persino caratteristiche sospette per qualsiasi logico ostile a calcoli che, come quelli della logica *fuzzy*, siano non un'estensione della logica classica, ma espressione di una delle ormai numerose logiche devianti⁴⁵. Secondo la caratterizzazione proposta dallo stesso Zadeh, che ne è stato il primo ideatore, della logica *fuzzy* si può dire «che è una logica del ragionamento approssimato. In quanto tale, è una logica i cui tratti distintivi sono: (i) valori di verità *fuzzy* espressi in termini linguistici, quali: *vero, del tutto vero, più o meno vero, abbastanza vero, non vero, falso, non del tutto vero e non del tutto falso*, etc.; (ii) tavole di verità imprecise; e (iii) regole di inferenza la cui validità è più approssimata che non esatta»⁴⁶.

Caratterizzazione, questa di Zadeh, forse inquietante per chi, in ambito giuridico come in ambito logico-filosofico, vede nei canoni e nei principi della logica classica gli unici parametri di razionalità e di correttezza di qualsiasi forma di ragionamento (anche giudiziale). Caratterizzazione forse inquietante, ma certamente idonea a fornire un modello esplicativo che del ragionamento giudiziale consente di render conto delle molte approssimazioni, dei continui aggiustamenti, della pluralità di variabili che intervengono a condizionarlo e ad informarlo nella sua scansione e articolazione.

Riferimenti bibliografici

- Baccelli, Luca [1999], *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*. Roma, Carocci.
- Baccelli, Luca [2002], *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*. In: T. Mazza (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-145.

⁴⁵ Una caratterizzazione particolarmente felice della nozione di logiche devianti, caratterizzazione che coglie la ragione di fondo del disagio che queste logiche usualmente generano, è offerta da W.V.O. Quine [1970, pp. 80-81]: «Il tipo di devianza [...] da prendere in considerazione [...] non è semplicemente un cambiamento dei metodi che generano la classe delle verità logiche, ma un cambiamento di quella stessa classe. Non è solo un cambiamento della linea di demarcazione fra cosa chiamare verità logica e cosa chiamare verità extra-logica. Si tratta, piuttosto, di un netto rifiuto di parte della nostra logica come nient'affatto vera» (corsivo mio). Un'analisi ampia e sfaccettata dei diversi problemi filosofici relativi agli aspetti ontologici, metafisici, ed epistemologici delle logiche devianti è offerta da S. Haack [1974] e [1996], una riedizione, questa, del volume del 1974 arricchita da un capitolo sulla logica *fuzzy*. Comune ad entrambe le edizioni l'atteggiamento diffidente, se non addirittura ostile, nei confronti delle logiche devianti; nell'introduzione all'edizione del 1996, Haack afferma infatti: «it is possible that classical logic should turn out to be in need of revision; but none of deviant systems considered is so well-motivated philosophically as seriously to threaten its position» (p. ix).

⁴⁶ L.A. Zadeh [1975, p. 407 corsivo dell'autore].

- Barbera, Augusto [1975], *Art. 2*. In: Commentario della Costituzione a cura di G. Branca *Principi fondamentali*. Zanichelli, Bologna; Foro Italiano, Roma, pp. 50-122.
- Bobbio, Norberto [1965], *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. In: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42 (1965), pp. 302-309. Ried. in: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 5-16.
- Bobbio, Norberto [1968], *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. In: «*La comunità internazionale*», 23 (1968), pp. 3-18. Ried. in: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 17-44.
- Bulygin, Eugenio [1987], *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*. In: «*Doxa*» 4 (1987), pp. 79-84. Ried. in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, pp. 619-625.
- Cappelletti, Mauro [1989], *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon Press.
- Cassese, Antonio [1994], *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari, Laterza.
- Celano, Bruno [2002 a], *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*. In: S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*. Torino, Giappichelli, pp. 89-123.
- Celano, Bruno [2002 b], *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*. In: «*Ragion Pratica*», 10 (2002), n. 18, pp. 223-239.
- Corso, Guido [1996], *Diritti umani*. In: «*Ragion Pratica*», 4, (1996), n.7, pp. 59-67.
- Dworkin, Ronald [1977], *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald [2002 a], *The Threat to Patriotism*. In: «*The New York Review of Books*», 28 febbraio 2002.
- Dworkin, Ronald [2002 b], *The Troubles with the Tribunals*. In: «*The New York Review of Books*», 25 aprile 2002.
- Ferrajoli, Luigi [1999], *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*. In: «*Teoria Politica*», 15 (1999), n. 1, pp. 49-92.
- Ferrajoli, Luigi [2000], *I fondamenti dei diritti fondamentali*. In: «*Teoria Politica*», 16 (2000), n. 3, pp. 41-113.
- Ferrajoli, Luigi [2001], *Per una sfera pubblica del mondo*. In: «*Teoria politica*», 17 (2001), n. 3, pp. 3-21.
- Ferrajoli, Luigi [2002 a], *Quali sono i diritti fondamentali?* In: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 95-116.
- Ferrajoli, Luigi [2002 b], *Lo stato di diritto fra passato e futuro*. In: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 349-386.
- Gallie, Walter Bryce [1956], *Essentially Contested Concepts*. In: «*Proceedings of the Aristotelian Society*», 56 (1955-1956), pp. 167-198.
- Guastini, Riccardo [1998], *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano, Giuffrè.

- Guastini, Riccardo [2002], *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*. In: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 147-172.
- Haack, Susan [1974], *Deviant Logic. Some Philosophical Issues*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Haack, Susan [1996], *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*. Chicago-London, The University of Chicago Press.
- Habermas, Jürgen [1996], *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.
- Habermas, Jürgen [1998], *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- Häberle, Peter [2000], *The Constitutional State and its Reform Requirements*. In: «Ratio Juris», 13 (2000), n. 1, pp. 77-94.
- Hufstедler, Shirley M. [1979], *In the Name of Justice*. In: "Stanford Lawyer", 14 (1979).
- Kelsen, Hans [1934], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien, Deuticke.
- Kelsen, Hans [1944], *Peace through Law*. Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- Koskeniemi, Martti [1999], *The Effect of Rights on Political Culture*. In: Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 99-116.
- Kosko, Bart [1994], *Fuzzy Thinking*. London, Harper Collins Publishers.
- Mazzarese, Tecla [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di 'quaestio facti' e 'quaestio juris'*. In: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 294-320.
- Mazzarese, Tecla [1993], *Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem*. In: M.M. Karlsson, O.P. Jónsson, E.M. Brynjarsdóttir (eds.), *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*. Berlin, Duncker und Humblot, 1993, pp. 203-214.
- Mazzarese, Tecla [1996], *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Torino, Giappichelli.
- Mazzarese, Tecla [1996 b], *Lógica borrosa y decisiones judiciales: El peligro de una falacia racionalista*. Trad. castigliana di José Juan Moreso. In: «Doxa», 19 (1996), pp. 201-228.
- Mazzarese, Tecla [1996-1997], *Semantic and Pragmatic Fuzziness of Legal Language*. In: «Archivum Iuridicum Cracoviense», 29-30 (1996-1997), pp. 43-58.
- Mazzarese, Tecla [1999], *Towards the Semantics of "Constitutive" in Judicial Reasoning*. In: «Ratio Juris», 12 (1999), pp. 252-262.
- Mazzarese, Tecla [2002], *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*. In: T. Mazzaresse (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-69.

- Mazzarese, Tecla [2003], *Is the Age of Rights at a Turning Point?* In: «Finnish Yearbook of International Law». (In corso d'edizione)
- McNeill, Daniel, Freiburger, Paul [1993], *Fuzzy Logic. The Discovery of a Revolutionary Computer Technology – And How It Is Changing Our World*. New York, Simon & Scuster.
- Monetti, Vito [2002], *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*. In: «Questione giustizia», (2002), n. 1, pp. 51-69.
- Moreso, José Juan [2002], *Conflitti fra principi costituzionali*. In: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18, pp. 201-221.
- Pace, Alessandro [2001], *Metodi interpretativi e costituzionalismo*. In: «Quaderni costituzionali», 21 (2001), n. 1, pp. 35-61.
- Prieto Sanchís, Luis [2002], *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*. In: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18 pp. 169-200.
- Quine, William Van Orman [1970], *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs N.J., Prentice-Hall.
- Ramcharan, Bertrand G. [2001], *Human Rights and Human Security*. The Hague, Martinus Nijhoff.
- Rolla, Giancarlo [2001], *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*. In: G. Rolla (ed.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, pp. 3-26.
- Ross, Alf [1958], *On Law and Justice*. London, Stevens.
- Ross, Alf [1968], *Directives and Norms*. London, Routledge and Kegan Paul, 1978.
- Sangalli, Arturo [1998], *The Importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*. Princeton, Princeton University Press.
- Taruffo, Michele [2002], *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*. In: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.
- Twining, William / Miers, David [¹1976, ²1982], *How to Do Things with Rules*. London, Weidenfeld and Nicolson.
- Ubertis, Giulio [2002], *Diritti fondamentali e processo penale*. In: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.
- Zadeh, Lofti A. [1975], *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*. In: «Synthese», 30 (1975), pp. 407-428.
- Zagrebelsky, Gustavo [1992], *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino, Einaudi.
- Zolo, Danilo [2002 b], *Teoria e critica dello Stato di diritto*. In: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 17-88.

