

*Toghe come aquiloni ovvero gli avvocati al cospetto dei diritti*

di Umberto Vincenti

In un breve commento apparso su *Il Sole 24 Ore* (11 marzo 2010) a proposito dell'inaugurazione dell'anno giudiziario presso il CNF si riferisce dell'aspirazione dell'avvocatura – o della frazione più illuminata di essa – di darsi un'identità nobile attraverso la funzionalizzazione dell'attività professionale alla difesa dei diritti civili: dunque, una *mission* che implica la dedizione più piena alla causa del miglioramento della nostra società un poco egoista e molto consumista. Ecco che gli avvocati dovranno volare alto come gli aquiloni ergendosi, secondo un'espressione già entrata nel linguaggio della deontologia ufficiale, a “custodi dei diritti”. Questo è quel che consegue dall'entrata in vigore – il 1° dicembre 2009 – del Trattato di Lisbona dal quale è posta una sfida irrinunciabile a un ceto che, per vincerla, dovrà prima di tutto migliorare sé stesso sia culturalmente che eticamente.

Gli avvocati sono dunque pervenuti al cospetto dei diritti perché vi sono stati obbligati dalla normativa immessa dall'Unione Europea nel contesto dei circuiti degli ordinamenti nazionali; un'immissione, si badi, non di discipline peculiari, e magari importanti, a questo o quel settore dell'ordine economico dei paesi UE, ma di quella che Habermas, il più grande filosofo politico vivente, indica come «la sostanza etico-normativa» dei nostri ordinamenti, generata dal connubio tra diritti umani e principio di sovranità popolare, essa sola capace di fondare e giustificare il diritto occidentale contemporaneo: «l'Unione si fonda» – così si legge nell'art. 1bis del Trattato europeo – «sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze».

Ancora una volta la Scuola Superiore dell'Avvocatura ha dimostrato sensibilità e intelligenza scegliendo strategicamente di impegnarsi nel promuovere, nelle Scuole sparse sul territorio, l'acculturamento degli avvocati nella materia dei diritti umani; e vi è solo da sperare che essa sia compresa e che si comprenda come, attraverso il nuovo valore assunto dalle Carte europee dei diritti, non si sia semplicemente allargato il serbatoio normativo da cui attingere gli argomenti controversiali, magari, attraverso il freddo, anzi miserabile, gioco dei combinato disposti.

A imporcelo – a mirare in alto – è la storia dei diritti quale si è svolta, in Europa, prima, poi anche nel resto dell'Occidente, a partire dalle guerre di religione che sono scaturite dalla Riforma protestante. E' una storia, questa dei diritti umani, innescata dal male, troppo spesso dal male supremo, che gli uomini hanno infinite volte dimostrato (e continuano a dimostrare) di essere capaci di infliggere spietatamente – nel corpo e nell'anima – di altri uomini: siano stati questi eretici o ebrei o semplicemente “diversi” per opinioni politiche, colore della pelle, sesso; concittadini o stranieri, oppositori nelle rivoluzioni o nemici in guerra; sempre e comunque soggetti più deboli, talora indifesi, nudi, rispetto alla ferocia di chi li contrasti, li combatta, li perseguiti e, finalmente, li stermini. Magari con processi finti e fanatici quali furono quelli dell'Inquisizione o del *Volksgerichtshof* del III Reich, con inquisitori fanatici come il domenicano Tomás Torquemada o il nazista Roland Freisler; o per mezzo di barbarie non proceduralizzate quale quella che leggiamo nelle *Amnesty Lectures*, il soldato serbo che, a fronte della richiesta della madre bosniaca da lui appena violentata, di poter allattare il figlio, lo decapita e le consegna la testa.

Ecco perché i diritti si presentano come una risposta alla memoria del male, un contropotere a cui gli afflitti ingiustamente da qualunque potere, istituzionale o fattuale, possano appellarsi, un antidoto politico e giuridico auspicabilmente in grado di impedire un sopruso, una violenza, un crimine in danno di un solo individuo o di tutta una collettività: un contropotere quale la “critica” delle minoranze, il giudizio dell'opinione pubblica, le rivendicazioni degli individui, la fermezza delle fedi e delle concezioni etiche genuine, nel complesso la gran voce di una cultura che non è in grado di preservare se stessa altrimenti.

Davanti a noi sfilano idealmente le molte, troppe, vittime di autorità arbitrarie, sfrenate, dissolute, talvolta demoniache. Uomini e donne, spesso veri eroi, talora noti o notissimi, ma il più delle volte gente comune il cui nome è purtroppo scomparso con la distruzione della loro vita fisica. E pensiamo a un filosofo geniale come Giordano Bruno, arso vivo a Campo de' Fiori; a un povero studente della facoltà giuridica patavina, il luterano Pomponio Algerio, immerso in un calderone di olio bollente a Piazza Navona; a un ebreo tedesco come Franz Bernheim, licenziato nella Germania nazista per la razza a cui apparteneva; o a quel bambino bosniaco (chissà come si chiamava) massacrato nel modo in cui si è appena detto.

Così per primi si affermarono – attraverso il medio della tolleranza religiosa – il diritto alla vita e all'integrità fisica; ed essi restano tuttora fondanti e, però, troppo spesso obliati come ci

ha drammaticamente evidenziato l'esperienza dei totalitarismi del Novecento, quando, cioè, è stato sufficiente sostenere che alcuni individui non sono umani per essere praticamente e teoricamente giustificati a non riservare loro la tutela di alcun diritto. Ancora in questi giorni abbiamo purtroppo dovuto sentire che, in medio oriente, sia piuttosto comune, presso i gruppi fondamentalisti, appellare e considerare gli antagonisti semplicemente "carne da macello". E naturalmente restano gravi dubbi a proposito dei civili innocenti (molti) uccisi, accidentalmente o meno, per l'ambizione di "esportare la democrazia" nutrita dalla superpotenza americana che si giustifica retoricamente dichiarando di agire per la difesa dei diritti umani nel mondo.

La storia dei diritti umani ne ha progressivamente esteso l'ambito di incidenza e delle rivendicazioni; ed essi sono stati configurati prima, mobilitati poi, non soltanto come un formidabile strumento per la sopravvivenza fisica, ma pure per la sussistenza in certe condizioni di benessere, per la permanenza di una pluralità di filosofie e visioni del mondo: accanto al *vivere*, si è collocata l'aspirazione al *bene vivere* (*vivere et bene vivere*). Una lunga vicenda, il percorso che l'Occidente è riuscito a compiere lungo la via della civilizzazione, della libertà, dell'uguaglianza, del progresso economico e culturale: dai diritti civili e politici (la prima generazione), ai diritti sociali (la seconda generazione), ai nuovi diritti (all'autodeterminazione, allo sviluppo, a un ambiente sano, alla pace ecc.: la terza generazione) fino a giungere ai diritti emergenti in conseguenza delle conquiste della scienza e della tecnica (i diritti alla *privacy*, a una morte degna, all'identità genetica ecc.: la quarta generazione). Diritti, all'origine, esclusivamente individuali; poi anche collettivi, ora pure di soggetti non esistenti come le generazioni future; e, in prospettiva, anche degli animali non umani. In questa direzione già la Dichiarazione universale del 1948 aveva operato una vera e propria moltiplicazione dei diritti; e introdotto il principio della loro indivisibilità.

Gli articoli della Dichiarazione si presentano nelle vesti di «ideali da raggiungere» (come si legge nel preambolo): non norme giuridiche che fondino doveri degli Stati e quindi diritti per gli individui. Ispirati ai principi della Dichiarazione, in seguito sono stati conclusi i due Patti, i quali – approvati dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1966 – hanno introdotto veri diritti e veri obblighi giuridici: innanzi tutto l'obbligo per gli Stati firmatari di inviare a speciali comitati un rapporto periodico dove, di volta in volta, essi certificano quel che hanno realizzato per onorare le clausole dei Patti; in secondo luogo, il diritto di ricorrere con una

comunicazione scritta al Comitato dei diritti dell'uomo, dinanzi al quale ogni cittadino può denunciare l'offesa delle sue prerogative, anche se le considerazioni espresse dal Comitato sulla questione hanno valore di semplici raccomandazioni. Invece vere e proprie pronunce giurisdizionali sono le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, introdotta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU). A questa Corte – che ha sede permanente a Strasburgo – possono rivolgersi non solo gli Stati membri che lamentano l'inadempimento degli obblighi contrattuali da parte di un altro Stato membro, ma gli stessi cittadini che hanno patito l'oltraggio dei loro diritti. In tal caso, la Corte può condannare lo Stato colpevole a ristabilire il diritto violato o a risarcire la vittima con un «equo soddisfacimento» in denaro (art. 41 CEDU).

Eccoci finalmente al già evocato Trattato di Lisbona la cui importanza (art. 6), ai nostri fini, sta soprattutto nell'aver attribuito (1) ai «diritti, le libertà e i principi sanciti» nella Carta di Nizza del 2000 «lo stesso valore giuridico dei trattati»; e (2) ai «diritti fondamentali» introdotti dalla precedente CEDU la valenza di «principi generali» del diritto dell'Unione.

La Carta di Nizza (54 diritti fondamentali spettanti a «ogni persona») pone il parametro di legittimità dell'azione degli organi dell'Unione Europea e della legislazione derivata; e viene a tutelare diritti fondamentali ignoti alle Carte costituzionali. In più, rispetto alla CEDU, vi è l'aggiunta dei diritti sociali, o di terza generazione, e anche di generazioni successive (i diritti emergenti).

L'attuazione dei diritti umani, la loro trasformazione in diritto vivente, non sarà impresa facile perché vari fattori fanno problema: vediamoli rapidamente a cominciare dalla nostra dimensione regionale, la dimensione europea.

I) Non è affatto chiaro se e, comunque, entro quali limiti le disposizioni della Carta di Nizza siano direttamente applicabili da parte dei nostri giudici; e il problema si pone anche per la CEDU, anche se in termini diversi (abbiamo detto: i diritti della Carta hanno il valore dei trattati, quelli della CEDU, invece, si configurano come principi generali).

Sulla rilevanza di quest'ultima convenzione la Corte Costituzionale italiana è intervenuta con due estese sentenze, praticamente identiche, la n. 348 e la n. 349 del 2007. In esse è stabilito che (1) le norme CEDU – come interpretate dalla Corte di Strasburgo – non sono direttamente applicabili ai rapporti giuridici interni e che (2) i giudici italiani non possono disapplicare le norme interne in contrasto con quelle CEDU, dovendo, in questo caso, investire la Consulta

della relativa questione di legittimità costituzionale. V'è, però, da domandarsi se questo protocollo sia tuttora valido dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare, se sia valido in relazione ai diritti di cui alla Carta di Nizza. Una recentissima sentenza della Cassazione (la n. 2352 del 2010) si è limitata a sottolineare che, ora, «i giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi» di cui alla Carta. Ma è un'indicazione di minima che sembra non puntualmente rispettosa del dettato delle norme europee. Ed è così ipotizzabile che i nostri giudici – stimolati dalle iniziative introdotte dagli avvocati – possano dare progressivamente sempre più spazio alle Carte europee in vista dell'adeguamento del diritto nazionale; il che potrebbe comportare che, in certi settori, si possano venire a determinare anche profonde riforme, magari difficilmente conseguibili per le vie legislative ordinarie.

I segnali non mancano. Per esempio, il Tribunale della mia città (Padova) ha recentemente deciso di assegnare con provvedimento urgente ex art. 700 c.p.c. la casa coniugale all'istante in quanto ha ritenuto che il *periculum in mora* non potesse essere altrimenti neutralizzato nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso per separazione e l'udienza presidenziale: l'annosa questione della natura cautelare dei provvedimenti presidenziali finisce – ha osservato il Tribunale (Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2010, pp. 169 ss.) – con l'essere irrilevante in un contesto come quello evocato (il marito aveva messo in vendita l'immobile tramite un'agenzia di affari) in quanto il provvedimento ex art. 700 avrebbe trovato fondamento esaustivo (ed esclusivo) nell'art. 7 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli che autorizza l'autorità giudiziaria a prendere, se necessario, «per evitare ogni inutile ritardo [...] decisioni immediatamente esecutive».

Se si pensa che nella Carta di Nizza la proprietà è prevista e disciplinata nel Capo II intitolato «Libertà» – ed è, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, un diritto umano fondamentale –, la contraddizione rispetto alla configurazione che ne dà la nostra Costituzione è evidente: in questa la proprietà è prevista nel titolo III concernente i «Rapporti economici» e, dunque, non è un diritto inviolabile, preminente essendo la «funzione sociale» che essa deve sempre essere perseguire. Ma a Strasburgo il tono culturale è diverso, come abbiamo tutti avvertito a proposito della questione dei crocefissi: in tema di proprietà la Corte europea ha più volte denunciato che l'Italia ha un deficit strutturale quanto a tutela di questo diritto (in punto si può vedere il saggio di cui in *Diritto e formazione*, 6, 2009, 904 ss.). Per tornare all'assegnazione della casa coniugale, è da dire che da noi essa è prevista senza alcun termine

finale (come, invece, è stabilito dall'art. 285-1 del *code civil*); e, però, ci si deve oggi interrogare se questa disciplina sia compatibile con la proprietà come configurata dalle Carte europee e, siccome v'è evidente contrasto, ci si potrebbe interrogare se oggi un giudice non potrebbe, se richiesto, fissare questo termine, perché altrimenti il sacrificio del proprietario sarebbe – com'è attualmente – tale da svuotare il suo diritto di ogni effettivo contenuto: una soluzione che potrebbe direttamente fondarsi sulla normativa europea in tema di diritti, proprio come abbiamo appena visto ha fatto il Tribunale di Padova a proposito della casa coniugale assegnata ex art. 700 c.p.c. E' soltanto un (ulteriore) esempio – e molti altri si potrebbero qui portare – a dimostrazione delle potenzialità che il Trattato di Lisbona ha offerto all'avvocatura.

II) Rimanendo ancora al livello interno è osservabile come le formule normative dei diritti e della dignità umana (la Carta di Nizza pone la tutela di quest'ultima in posizione di assoluta primazia) sembrano restituire ai giudici un potere che può apparire – e, probabilmente, sarebbe in loro assenza – eccessivo nel nostro ordinamento fondato sul principio per cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° co. Cost.). Si pensi a quanto statuito dalla Suprema Corte nel noto caso Eluana Englaro: la soluzione è stata derivata argomentando dall'obbligo di rispettare la dignità umana di qualunque persona, qualsiasi sia lo *status* o la condizione fisica e/o mentale di cui essa sia portatrice. Ma nel nostro ordinamento esiste una legge che protegga quella dignità che la Cassazione intese proteggere nel caso ora indicato? Si direbbe che no, considerato anche che la nozione di dignità umana è polisensa, cioè ha accezioni alquanto diverse (in punto rinvio al saggio di cui in *Diritto e formazione*, 3, 2009, 439 ss.); e ognuna di queste accezioni avrebbe potuto fondare – sempre nel caso Eluana – decisioni radicalmente diverse. Ora però il nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza – dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – potrebbe evitare la censura ai nostri giudici, impegnati a decidere casi analoghi a quello di Eluana, di invadere prerogative riservate al legislativo (si ricorderà come non del tutto a torto fu sollevata, da Cossiga, la questione del conflitto di attribuzioni tra Parlamento e Magistratura proprio a fronte della decisione di cassazione su Eluana).

III) Sempre sul piano interno per noi (e per gli altri Paesi UE) si pone il grave, ma ineludibile, problema dell'integrazione dei migranti; e, in particolare, di quei migranti che divengono residenti e cittadini. I diritti dei migranti vanno prioritariamente tutelati; ma in un contesto di

compatibilità con le caratteristiche, anche normative, dei paesi ospitanti (caratteristiche – preferisco non usare l’espressione ambigua di “identità nazionale” – che vanno anch’esse rispettate). Il fatto è che esistono modelli alternativi – di governo di società multiculturali – che ispirano scelte e condotte assai differenti. Semplifico tipicizzando. Vi è il modello francese che è ripreso dalla politica coloniale a suo tempo perseguita da questo Paese: l’obiettivo è quello dell’assimilazione, o della maggiore assimilazione possibile, alla cultura francese, assimilazione da ottenere gradualmente attraverso mirati interventi legislativi che distinguano rigorosamente tra spazio pubblico e luoghi privati: ecco la questione dell’uso del velo e, più recentemente del *burqua* all’interno delle scuole, dei mezzi di trasporto pubblici ecc. Vi è (assai diverso) il modello inglese, anch’esso derivato dalla (diversa) politica coloniale, a suo tempo rivolta piuttosto allo sfruttamento delle risorse dei territori che all’assimilazione culturale, anzi rispettando il più possibile i modi di vita tradizionali delle popolazioni assoggettate: il modello ora proposto tende così a creare un’organizzazione che, pragmaticamente, miri a realizzare una pacifica convivenza per differenze comunitarie, tutte egualmente legittime e tutelate nel concorso al bene complessivo della società. In questa prospettiva si capisce che recentemente l’arcivescovo di Canterbury abbia proposto di legalizzare certi usi delle comunità islamiche (si pensi alla poligamia) a costo di violare i diritti e la dignità delle donne come genere (almeno secondo lo stile occidentale). E’ una pratica che, come si intuisce, vuol preservare una certa pace sociale; e preferisce a rinunciare a quell’universalismo dei diritti umani di radice illuminista di cui passo a dire.

IV) I diritti sono veramente universali o sono piuttosto l’espressione di un tipo particolare di essere umano (=occidentale) e, dunque, inadatti a esprimere interessi, valori, bisogni di esseri umani e diversi? Questa è la cosiddetta obiezione culturale ai diritti umani; ed è un’obiezione che ha le sue ragioni, atteso che non può seriamente negarsi che l’invenzione e lo sviluppo dei diritti siano un prodotto (e, aggiungerei, anche una gloria) del pensiero giusfilosofico occidentale. Quei diritti sono innanzi tutti diritti dell’individualismo; e una certa loro degenerazione – attraverso il fenomeno corrente cosiddetto della “lievitazione dei diritti” – ha condotto a un individualismo spesso egoista e materialista; un individualismo, aggiungo, che fa comodo al nuovo capitalismo del mercato globale.

Si adducono così (come negli *Asian values*) l’esistenza di vasti contesti non occidentali nei quali il primato non è dell’individuo, ma della comunità (con gerarchie e doveri

insopprimibili al livello di famiglia, casta, comunità o stato che sia): è questa una realtà agevolmente sperimentabile osservando il mondo degli altri, quello delle tradizioni buddista, induista, confuciana, islamica, africana.

Tutto ciò difficoltà – e non poco – la tendenza dei diritti all'universalismo, tendenza alla quale non si può e non si deve rinunciare, ma che impone a noi occidentali di ascoltare gli altri e di trovare compromessi intelligenti, allo scopo di conseguire obiettivi minimi ma condivisi da tutti (o quasi). La ricerca di compromessi impone la via del confronto e del dialogo, della mediazione virtuosa; e un incoraggiamento in tale direzione deriva indubbiamente dal fatto che recentemente (febbraio 2008) un paese come l'Arabia Saudita abbia ratificato la Carta araba dei diritti dell'uomo.

Probabilmente ha ragione Linn Hunt quando sostiene che il connubio tra diritti ed empatia sia quasi una legge della nostra specie (o possa diventarlo): è vero, è stato scritto, che noi siamo capaci di un semplice esperimento mentale – e cioè che possediamo la facoltà di rappresentarci il dolore e la degradazione provocati in altri esseri umani. Dunque, quel che ci può unire è l'idea del male, mentre ci può dividere l'idea del bene, richiedendo quest'ultima un maggior impegno interpretativo, con la conseguenza dell'emersione di opinioni confliggenti; ma, è stato pur scritto, essere torturati è male e questo lo sanno tutti, persino i torturatori. Le caratteristiche degli esseri umani – che sentano dolore, che siano in grado di accorgersi del dolore di altri, e che siano liberi di fare il bene e di astenersi dal male – sono alla base della nostra credenza che essi debbano essere protetti dalla crudeltà.

In conclusione (e considerati gli ardui problemi ora indicati) una domanda ci deve porre: quale futuro ci riserverà l'età cosiddetta (da Bobbio) dei diritti?

E' vero che abbiamo finora fatto molta strada, una strada abbondantemente radiosa, nonostante che non poche siano state le ombre incontrate lungo il percorso e che oggi si può avere l'impressione che certi coni di oscuramento tendano ad estendersi, almeno in certi contesti.

Dobbiamo soprattutto riflettere sull'inflazione dei diritti e trovare il modo di contenerla: forse questa ci ha peggiorato, noi siamo divenuti più egoisti e le istituzioni meno efficienti. Si camuffano i desideri in diritti, trionfa il materialismo consumista, scadono i controlli, si è eclissato il principio di responsabilità. E si è obliterata la figura severa – ma fondante – del dovere. E' una critica che da qualche tempo si è incominciato a svolgere in Nord America

(per esempio, da una filosofa come Elisabeth H. Wolgast); ma una critica del genere era già stata formulata a suo tempo dal nostro Mazzini in un libretto quasi dimenticato dal titolo significativo *Dei doveri dell'uomo*. Mazzini riteneva profondamente diseducativo che un ordinamento giuridico fosse strutturato come sistema di diritti: i diritti non solo isolano l'individuo, ma anche lo costringono in una dimensione materialistica la quale non assicurerebbe certo la felicità.

V'è inoltre da attivarsi per la costituzione di un diritto pubblico cosmopolitico garantito, effettivamente garantito da autorità sovranazionali e, in ultimo, da un'autorità giurisdizionale mondiale: un tribunale presso il quale dovrebbe essere sancita la primazia del diritto internazionale su quello interno; e un diritto internazionale al centro del quale dovrebbe porsi, quale "diritto massimo", il codice dei diritti dell'uomo.

Se ci si volta indietro a considerare gli ultimi due secoli della nostra storia vi sono più ragioni di ottimismo che di pessimismo. Nel 1795, a settantuno anni, Kant scrisse *Per la pace perpetua*, un progetto etico-giuridico di altissima ispirazione e di lucida previsione: un progetto che, a leggerlo in questi nostri giorni, suona quasi come una profezia vera e propria non fosse che esso è frutto dell'analisi razionale condotta da un genio supremo. Oggi possiamo dire che si è costituita quella federazione mondiale di Stati auspicata da Kant; e pure che sono universalmente – o quasi – accettati, almeno *in thesi*, alcuni principi dello *jus publicum cosmopoliticum* che si leggono nel progetto kantiano come il divieto assoluto della guerra di sterminio o il diritto di ogni straniero, che arriva sul suolo altrui, di non essere trattato ostilmente. Kant chiudeva il suo progetto osservando che, se si realizzerà una situazione di diritto pubblico adeguata a livello interno (regimi repubblicani e non monarchici o autocratici) e, soprattutto, internazionale allora la *pace perpetua* non rimarrà «un'idea vuota».

Noi dobbiamo essere orgogliosi se oggi la comunità internazionale protesta abbastanza compatta a fronte almeno delle violazioni più gravi dei diritti umani. Nel 1933 quando l'ebreo Franz Bernheim, licenziato dalla società tedesca presso cui lavorava a causa della sua razza, ebbe l'ardire di protestare alla Società delle Nazioni solo i delegati polacco e francese lo sostennero proclamando il principio del rispetto delle minoranze. Per tutta risposta Hitler decise che la Germania dovesse ritirarsi dalla Società in quanto nessuno avrebbe avuto il diritto di intromettersi in un affare interno dello Stato tedesco. Nell'anno 2010

verosimilmente non finirebbe così; e Franz Bernheim potrebbe tranquillamente (almeno si spera) ricorrere – piuttosto che a un giudice a Berlino – alla Corte europea di Strasburgo che, ne siamo certi, gli darebbe piena soddisfazione.