

DISORDINE
DELLE FONTI
DEL DIRITTO
(INTER)NAZIONALE
E TUTELA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI.
UN'INTRODUZIONE

TECLA MAZZARESE



Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale
e tutela dei diritti fondamentali.
Un'introduzione

Disorder of (Inter)national Legal Sources
and Protection of Fundamental Rights.
An Introduction

TECLA MAZZARESE

Professore ordinario di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Brescia
Email: tecla.mazzarese@unibs.it

Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali.

Un'introduzione

TECLA MAZZARESE

Ricordando Stefano Rodotà
e il suo impegno, rigoroso e appassionato,
per il "diritto ad avere diritti"

A partire dalla fine degli anni quaranta del novecento, a conclusione della seconda guerra mondiale, il processo di positivizzazione e internazionalizzazione di un catalogo dei diritti fondamentali dà inizio ad un progressivo cambiamento dei tratti distintivi (i) del diritto internazionale e del diritto interno dei paesi che (pur nelle specifiche peculiarità di riformulazioni non coincidenti) ne includono il catalogo nella propria costituzione, e, non meno significativamente, (ii) dei rapporti fra il diritto interno di tali paesi e il diritto internazionale, o, più precisamente, fra diritto interno, diritto internazionale e le nuove forme di diritto regionale che, anche ma non solo in tema di diritti fondamentali e della loro tutela giudiziale, si vanno affermando prima in Europa (area in relazione alla quale si incentrano i contributi di Giulio Itzcovich e di Paola Parolari) e in America latina (area alla quale è dedicato invece il contributo di Andrés Rossetti) e poi in Africa, Asia e nei Paesi arabo-musulmani. Così, a partire dalla fine degli anni quaranta del novecento, cominciano a svilupparsi nuove forme di produzione giuridica (inter)nazionale di carattere *legislativo* – l'insieme sempre più complesso e plurale del diritto interno, regionale e internazionale dei diritti fondamentali – e di carattere *giurisprudenziale* – le decisioni, non sempre concordi nonostante il tentativo di dialogo, di un crescente numero di corti regionali e internazionali accanto e oltre a quelle delle corti nazionali – che condizionano, l'una e l'altra, una trasformazione (lenta e incerta nel suo sviluppo ma) sempre più radicale nelle forme di individuazione e applicazione giudiziale del diritto.

Una trasformazione sempre più radicale alla quale, dopo la conclusione della guerra fredda, contribuisce una proliferazione quantitativa e qualitativamente inedita di forme di *lex mercatoria* e, più in generale, di *soft law* (tema, questo, sul quale si incentra in particolare il contributo di Baldassarre Pastore).

Ad oggi antagonisti più che complementari, diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali e principi del costituzionalismo (inter)nazionale per un verso, e, per altro verso, *lex mercatoria* e regolamentazione da parte dei privati di economia e finanza, indipendentemente dalle loro (attuali) divergenze e dalle loro (intrinseche) differenze riguardo alle rispettive modalità di produzione e ai rispettivi destinatari,

nella molteplicità delle loro espressioni individuano (come sottolineo nel mio contributo) i due principali fattori di interferenza con l'autonomia del legislatore nazionale e con la supremazia delle sue scelte; i due fattori principali, cioè, dell'attuale crisi del sistema delle fonti del diritto che condiziona dubbi, interrogativi e nuovi problemi di carattere teorico, interpretativo e politico.

In particolare, sotto un *profilo teorico*, si pone l'interrogativo dei termini nei quali ripensare e/o ridefinire l'apparato concettuale otto-novecentesco che ruota intorno alla caratterizzazione del diritto come ordinamento e all'assunto della sua identità e unità (completa e coerente). In altri termini, riprendendo l'espressione suggerita nel contributo di Giulio Itzcovich (peraltro già precedentemente utilizzata in ITZCOVICH 2005), si pone l'esigenza (concettuale e teorica) di tener conto e di render conto dell'attuale processo di progressivo "disordinamento giuridico".

E ancora, sotto un *profilo interpretativo*, come rileva il contributo di Baldassare Pastore, si manifesta l'urgenza di una ricognizione organica delle conseguenze che comportano le nuove forme di produzione giuridica (le nuove fonti) tanto sull'individuazione quanto sull'applicazione giudiziale del diritto. Nella sempre più manifesta asistematicità delle nuove forme di produzione giuridica, l'applicazione giudiziale del diritto – prima ancora di essere influenzata da soggettive inclinazioni ideologiche e/o da pretese pulsioni di protagonismo (politico o mediatico) – è infatti condizionata dall'assenza di una qualsivoglia regimentazione (gerarchica) delle nuove fonti che lascia il giudice in balia della sua discrezionalità. In particolare, di una discrezionalità "sconfinata" che è subita più che cercata perché, come stigmatizza Stefano Rodotà

«[mentre le] omissioni del legislatore, [...] frutto di una scelta politica, possono non essere sanzionate, se non nei modi della politica [, il] giudice, invece, si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell'inammissibilità del *non liquet*. [...] [Q]uesto tema classico deve essere ripensato in un contesto nel quale le dinamiche innescate da diversi fattori [...], fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali, che si aggiungono a quelle che lo stesso legislatore ha trasferito alla magistratura, con un consapevole e silenzioso processo di delega che in molti casi la costituisce come "pattumiera dei conflitti sociali"» (RODOTÀ 2012, 60).

Infine, ma non certo per importanza, sotto un *profilo politico* si giustifica la preoccupazione per i rischi che possono derivare da prassi giurisprudenziali e nuove forme di produzione giuridica sempre più indifferenti ai principi cardine degli stati (costituzionali) di diritto: il principio della separazione dei poteri, il principio di (stretta) legalità e, quindi, della stessa certezza del diritto. Rischi che non possono essere sbeffeggiati da chi come Paolo GROSSI (2016, 7) irride «i giuristi del gregge positivista» per la loro attenzione alla centralità della legge, della certezza del diritto e dello stesso principio di legalità. Per quanto autorevole esponente di quello stigmatizzato da Grossi come "gregge giuspositivista", non si

può infatti non condividere il significato ultimo della tesi di Norberto BOBBIO (1951) secondo cui la certezza fa parte della grammatica stessa del concetto di diritto (un diritto che non sia certo, secondo Bobbio, non è diritto). D'altra parte, per quanto non possono essere ignorati, al tempo stesso, i rischi in discussione non devono neppure essere drammatizzati né radicalizzati. L'esigenza di ripensare e ridefinire categorie concettuali che consentano di render conto di nuove forme di pluralismo giuridico e/o di interlegalità oggi si rivela infatti necessaria per confrontarsi con le continue trasformazioni della realtà, i continui cambiamenti sociali e i nuovi bisogni non sempre riconducibili a schemi legati a un contesto storico, politico ed economico ormai radicalmente diverso da quello in cui, in età moderna, si sono andati configurando i tratti distintivi del diritto nazionale interno e del diritto internazionale.

I contributi qui raccolti (ad eccezione di quello di Giulio Itzcovich, presentati o, comunque, discussi a Brescia, nell'ambito del ciclo di seminari *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali* per il corso di Teoria e Tecnica dell'interpretazione giuridica dell'anno accademico 2015-2016) si propongono di offrire un primo contributo a un tema non solo manifestamente complesso e plurale ma soprattutto ancora scarsamente indagato nella letteratura di filosofia e teoria del diritto.

Un tema ancora raramente oggetto d'attenzione da parte di filosofi e teorici del diritto forse perché condividono la posizione di chi, come Giuseppe De Vergottini, dopo aver decretato (i) l'ovvia «banalità» del «fatto che ci muoviamo in uno spazio "globale" in cui interagiscono soggetti e interessi privati e pubblici», (ii) la manifesta insufficienza della «tradizionale visione dell'ordinamento internazionale come realtà in cui si muovono soltanto gli stati e le organizzazioni internazionali tradizionali classiche», e (iii) l'esistenza di «uno spazio giuridico (globale) in cui si muovono soggetti in parte nuovi, con rapporti che si regolano a prescindere dai meccanismi tradizionali del diritto internazionale», sorprendentemente contesta che «concetti tradizionali dell'armamentario del giuspubblicista, quali sovranità, territorio, gerarchia di ordinamenti e fonti, siano da considerarsi non più determinanti nell'analisi dei fenomeni giuridici» e sbalorditivamente conclude che «in larga parte il concetto di globalizzazione per il diritto pubblico è privo di utilità e non ha alcuna rilevanza sulle categorie che abitualmente utilizziamo» (De Vergottini 2006, 7).

Pavia, 2 giugno 2017

Riferimenti bibliografici

BOBBIO N. 1951. *La certezza del diritto è un mito?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 28, 1951, 146 ss.

DE VERGOTTINI G. 2006. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in AMATO C., PONZANELLI G. (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, 6 ss.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

ITZCOVICH G. 2005. *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in «Diritto pubblico», 9, 2005, 749 ss.

RODOTÀ S. 2012. *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.