

## NORME SUI DIRITTI UMANI: TRA PRINCIPI E REGOLE

Julieta A. Rábanos\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Alcune distinzioni concettuali preliminari. — 2.1. Disposizioni normative e norme. — 2.2. Principi e regole: sulla loro possibile differenziazione. — 3. Norme sui diritti umani: regole o principi? — 3.1. La teoria: ricostruzione come principi o regole? — 3.2. Oltre la teoria: come considerare i diritti umani? — 4. Una via intermedia per le norme sui diritti umani: principi tra *concretizzazione* e *regolarizzazione*. — 5. Conclusione.

### 1. Introduzione

Il settantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU) dello scorso dicembre è, senza dubbio, un'importante occasione per riflettere sui diritti umani.

In questo breve saggio, propongo una riflessione sul problema concettuale relativo alle disposizioni normative che vengono utilizzate per riconoscere e/o stabilire<sup>1</sup> diritti umani. La domanda può essere posta in questi termini: che tipo di norme esprimono queste disposizioni? Regole, principi, oppure entrambe, a seconda delle circostanze<sup>2</sup>?

La risposta a questa domanda implica la soluzione di due distinti problemi. Da un lato, un problema concettuale: che tipo di teoria o di approccio può *meglio render conto* delle norme sui diritti umani? Quale teoria o approccio meglio si attaglia alla loro struttura, alle loro condizioni<sup>3</sup>, ecc.? Da un altro, un problema assiologico: come *dovremmo considerare* le norme sui diritti umani? (alla luce di una data dottrina o ideologia ritenuta migliore o corretta).

In considerazione di ciò, la struttura di questo saggio segue il seguente andamento. Nella sezione 2, vengono effettuate in via preliminare alcune distinzioni concettuali, pregiudiziali rispetto alla tematica affrontata. La sezione 3 offre risposta alla domanda di cui sopra, sia sotto il profilo concettuale sia sotto il profilo assiologico. La sezione 4 è dedicata al possibile modo di risolvere le tensioni identificate nella sezione precedente. Infine, l'ultima sezione contiene una breve conclusione sulle riflessioni precedenti.

Una chiarificazione preliminare: nell'ambito del presente saggio, le nozioni di "diritti umani" e di "diritti fondamentali" vengono considerate come espressioni sinonimiche: pertanto, tutta la riflessione sui "diritti fondamentali" si intende come senz'altro riferibile ai "diritti umani".

---

\* Dottoranda in Filosofia del diritto e storia della cultura giuridica, XXI ciclo. Università di Genova – Istituto Tarello per la filosofia del diritto. Ringrazio eternamente Gioia Bonaventura per la consulenza linguistica.

<sup>1</sup> In questa sede, non voglio prendere posizione nel dibattito sullo status dei diritti umani, come affermare che questi preesistono alla promulgazione di un *corpus* normativo che li contenga (vedendo, così, questa promulgazione un come un riconoscimento o una scoperta di un *quid* preesistente e non come creazione) oppure che esistono soltanto per il fatto di essere stati promulgati (vedendo, allora, la promulgazione come la fonte della creazione dei diritti *ex nihilo*).

<sup>2</sup> Ossia, a seconda dell'interpretazione data a ogni disposizione, in senso ampio, dall'interprete. Si veda il punto 2.

<sup>3</sup> Anche se la domanda è stata posta in questi termini, è pur vero che sia la struttura sia le condizioni dipendono dalla teoria prescelta. In questa sede ho deciso di porre una domanda in tali termini per motivi di brevità.

## 2. Alcune distinzioni concettuali preliminari.

### 2.1. Disposizione normative e norme

Nel linguaggio dei giuristi, di solito si usa il termine ‘norma’ per fare riferimento tanto agli enunciati delle fonti del diritto quanto al loro significato<sup>4</sup>.

Tuttavia, enunciati e significati sono due cose che ben possono essere distinte. A tale fine, seguendo Guastini: «(i) chiameremo “disposizione” ogni enunciato normativo contenuto in una fonte del diritto; (ii) chiameremo “norma” non l’enunciato stesso, ma il suo contenuto di significato»<sup>5</sup>. Il passaggio da una disposizione a una norma si realizza tramite l’interpretazione, essendo così “norma” una «disposizione *interpretata* e per tanto riformulata»<sup>6</sup>.

Le considerazioni precedenti ci permettono, in sintesi, di dire che: i) può non esistere un rapporto biunivoco tra disposizione e norma<sup>7</sup>; ii) una medesima disposizione può esprimere più di una norma (congiuntamente o disgiuntamente<sup>8</sup>); e iii) non si può parlare di norme se non come prodotto di un’attività interpretativa<sup>9</sup>.

### 2.2. Principi e regole: sulla loro possibile differenziazione

Chiedersi se una norma sia un principio e/o una regola presuppone: i) sostenere che sia i principi sia le regole costituiscano due tipi di norme<sup>10</sup>; e ii.1) ritenere che esista una differenza fra principi e regole; e, conseguentemente, ii.2) rifiutare la posizione alla stregua della quale si nega che una simile differenza sussista (cd. tesi della non-differenziazione)<sup>11</sup>.

Sul primo presupposto, c’è un generale accordo tra teorici e giuristi. Non altrettanto, però, per quanto riguarda il secondo presupposto, principalmente in quanto questa «distinzione dipende ovviamente dai concetti impiegati» e sussiste una pluralità di (distinte) definizioni fatte proprie dai vari autori e giuristi<sup>12</sup>.

Grossomodo, tra coloro che accettano questi due presupposti, può affermarsi che due siano le tesi generalmente sostenute: i) la tesi della differenziazione forte, TDF (la differenza tra regole e principi è di tipo qualitativo e strutturale); e ii) la tesi della differenziazione debole, TDD (la differenza è di tipo quantitativo e graduale)<sup>13</sup>.

*La TDF.* Per gli autori che sostengono la TDF, i principi e le regole sono ontologicamente diversi: sono entità le cui caratteristiche essenziali non coincidono, e che funzionano in modo dissimile

---

<sup>4</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 64.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>7</sup> Il modo di capire questo rapporto dipende della teoria dell’interpretazione accolta e fatta propria. Cfr. ad. es. *ibid.*, p. 407-ss.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 66-7.

<sup>9</sup> Qui l’attività interpretativa viene considerata un’attività di decisione sul significato, il cui oggetto è una disposizione e il risultato una norma (R. GUASTINI, *op. cit.*, cap. I). Tuttavia, a seconda della teoria dell’interpretazione prescelta, l’attività di interpretazione può essere considerata un’attività decisoria ovvero di scoperta o conoscenza (R. GUASTINI, *op. cit.*, cap. V, II).

<sup>10</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 173-ss. Questo non significa necessariamente che questi due tipi siano esaustivi dell’insieme delle norme Cfr. P. COMANDUCCI, *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*, in *Doxa* 21-II, 1998, p. 90.

<sup>11</sup> Che può attribuirsi, almeno in alcune letture, a Kelsen. Cfr. J.P. ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, 2006, p. 201. Si veda la nota 25 per il problema della *defeasibility*.

<sup>12</sup> R. GUASTINI, *op. cit.*, 204.

<sup>13</sup> P. COMANDUCCI, *op. cit.* Lo stesso Alexy ritiene che ci siano tre tesi: i) non differenziazione per indistinguibilità; ii) differenziazione di grado; iii) differenziazione qualitativa (R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2010, p. 47).

all'interno della dinamica giuridica e del ragionamento giuridico<sup>14</sup>. In generale, ricostruiscono le differenze fra principi e regole in relazione a:

- 1) Il modo in cui essi regolano/disciplinano le condotte<sup>15</sup> oppure vengono applicati<sup>16</sup>;
- 2) Il modo in cui viene determinata la loro appartenenza a un sistema giuridico<sup>17</sup>;
- 3) Il modo in cui vengono risolti i conflitti tra essi (regola-regola e principio-principio)<sup>18</sup>.

Alexy, per esempio<sup>19</sup>, ritiene che: a) le regole sono ordini definitivi e i principi sono precetti di ottimizzazione<sup>20</sup>; b) le regole si applicano alla maniera del *tutto-o-niente*; i principi si applicano gradualmente, a seconda della considerazione delle possibilità fattuali e normative<sup>21</sup>; c) nei conflitti regola-regola, viene introdotta un'eccezione implicita a una di esse oppure viene dichiarata la sua invalidità; nei conflitti principi-principi, la soluzione è utilizzare la tecnica del bilanciamento<sup>22</sup>. Dworkin, primo esponente di questa tesi, è concorde; sottolinea soltanto le differenze strutturali tra regole e principi, e ritiene che la soluzione ai conflitti principi-principi deve ottenersi prendendo in considerazione quanto richiesto da ragioni di ordine morale<sup>23</sup>.

*La TDD.* Gli autori che sostengono la TDD criticano la TDF nei suoi diversi aspetti. Fondamentalmente, ritengono che i principi e le regole non abbiano una diversa qualità, struttura oppure ontologia, bensì che condividano le stesse caratteristiche, sebbene: i) ne abbiano in diverso grado, e/o ii) svolgano differenti funzioni all'interno del sistema giuridico.

In generale, la caratteristica che costoro ritengono comune ma in diverso grado è la specificità o determinazione di ogni norma. In questo senso, ritengono che le regole e i principi abbiano la stessa struttura logica<sup>24</sup>: entrambe sono enunciati che correlano un antecedente con un conseguente<sup>25</sup>. La differenza risiederebbe allora nel fatto che, mentre le regole possiedono antecedenti e conseguenti molto precisi ("chiusi"), i principi possiedono antecedenti e conseguenti molto vaghi e indeterminati ("aperti"), da cui non si individuano *prima facie* né i casi nei quali questi vengono applicati né soluzioni normative concrete per essi<sup>26</sup>.

Così, si può dire che la TDD ritiene che:

- 1) Principi e regole non sono ontologicamente diversi;
- 2) Principi e regole hanno la stessa struttura logica e le differenze sono relazionali e/o graduali; e
- 3) Il fatto che una norma sia un principio oppure regola è meramente contingente e dipende da una decisione dal giudice oppure dell'interprete (in altre parole, ritiene che sia falso che una norma sia, originariamente e nettamente, o una regola oppure un principio<sup>27</sup>).

---

<sup>14</sup> R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, in *The University of Chicago Law Review*, V. 35, N.1 (1967).

<sup>15</sup> J.P. ALONSO, *op. cit.*, p. 202, seguendo R. DWORKIN, *op. cit.*

<sup>16</sup> R. ALEXI, *op. cit.*, pp. 57-9. Questo autore aggiunge anche una differenza per quanto riguarda il «diverso carattere *prima facie*» delle regole e dei principi, criticando Dworkin.

<sup>17</sup> J.P. ALONSO, *op. cit.*, p. 202, seguendo R. DWORKIN, *op. cit.*

<sup>18</sup> R. ALEXI, *op. cit.*, pp. 48-56.

<sup>19</sup> Per vedere altri autori che sostengono la TDF, ma con una definizione tripartita, cfr. M. Atienza e J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, 1996.

<sup>20</sup> R. ALEXI, *The Construction of Constitutional Rights*, in *Law & Ethics of Human Rights*, V. 4(2), p. 21.

<sup>21</sup> R. ALEXI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>22</sup> R. ALEXI, *op. cit.*, p. 21

<sup>23</sup> R. ALEXI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>24</sup> Norme ipotetiche.

<sup>25</sup> L'antecedente è un insieme di proprietà rilevanti, il cui riscontro è necessario per rendere applicabile una norma; il conseguente è, invece, la conseguenza normativa che deve seguire una volta riscontrato l'antecedente.

<sup>26</sup> Un problema particolare è quello della defettibilità (*defeasibility*) delle regole, i.e. che esse possano non essere applicabili per eccezioni non esplicitate nel loro antecedente. Se viene ammessa la defettibilità delle regole, allora l'idea dell'antecedente chiuso come differenza tra regole e principi sembra cadere. Affronterò questa problematica in un'altra discussione, limitandomi qui a farvi cenno. Per una sintesi, J.P. ALONSO, *op. cit.*, pp. 211-3.

<sup>27</sup> P. COMANDUCCI, *op. cit.*, p. 94.

I principi appaiono, dunque, come norme più generiche, indeterminate e/o gerarchicamente superiori in confronto alle regole. Ad esempio, C. Alchourrón e E. Bulygin ritengono che i principi sono semplicemente generalizzazioni ottenute da un insieme di regole<sup>28</sup>. P. Comanducci, d'altro canto, ritiene che la differenza sia relazionale e gerarchica: in un dato momento, una norma superiore N1 può essere configurata come principio rispetto a norme inferiori, configurate come regole; ma in un altro momento, N1 può essere configurata come regola rispetto a una norma N2 superiore a essa<sup>29</sup>.

### 3. Norme sui diritti umani: regole o principi?

#### 3.1. La teoria: ricostruzione come principi o regole?

*Rifiuto della TDF.* Condivido l'opinione<sup>30</sup> di quanti sostengono che la TDF debba essere, per ragioni concettuali, rifiutata<sup>31</sup>. E ciò, massimamente, per due motivi: da un lato, per ciò che tale teoria assume in merito alla natura delle norme; dall'altro, per le tesi che essa veicola sul modo di applicazione di regole e principi.

Per quanto riguarda il primo motivo, concordo con Comanducci quando segnala che il considerare la TDF come tesi teorica non sembra superare il test di verifica empirica, in merito alle caratteristiche attribuite ai principi e alle regole<sup>32</sup>. Inoltre, lo stesso test di verifica empirica potrebbe anche mostrare che l'"identificazione" di una norma come regola o principio è dipendente dalla pratica di una comunità giuridica di riferimento dove, in maniera contingente, può esistere una pratica stabile e accettata di identificare le norme (ad esempio) sui diritti umani come principi; tuttavia nulla impedisce – giuridicamente, come minimo, ma ovviamente anche socialmente – che nel futuro questa pratica possa cambiare.

Per quanto riguarda il secondo motivo, ci sono due forti critiche in merito al modo di applicazione di regole e principi: 1) non è vero che, in un conflitto regola-regola, si debba necessariamente dichiarare l'invalidità di una di esse; e 2) è incompatibile affermare che i) le regole abbiano un'applicazione tutto-o-niente (conoscendosi, cioè, dall'inizio tutte le loro possibili eccezioni) e che, allo stesso tempo, ii) possano essere "eccezionate" dai principi (di cui non si conoscono *ab origine* tutte le eccezioni possibili)<sup>33</sup>.

Per questi due motivi, ritengo che le TDD permettano di capire meglio il fenomeno delle norme in generale, e dei diritti umani in particolare, specialmente per quanto riguarda le diverse difficoltà in merito alla loro interpretazione e applicazione, nonché al loro uso nel ragionamento giuridico<sup>34</sup>.

*La struttura logica dei diritti umani.* Orbene, si può dire che generalmente i diritti umani sono ritenuti principi per due ragioni: 1) l'indeterminatezza che li contraddistingue; e 2) il ruolo che svolgono nel ragionamento giuridico (un ruolo "fondamentale").<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> C. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Vienna, 1971, p. 129.

<sup>29</sup> P. COMANDUCCI, *op. cit.*,

<sup>30</sup> Sostenuta ad esempio da P. Comanducci e J.P. Alonso.

<sup>31</sup> Per ragioni di spazio, qui sosterrò assiomaticamente il rigetto della posizione della non-differenziazione.

<sup>32</sup> P. COMANDUCCI, *op. cit.*, p. 95.

<sup>33</sup> J.P. ALONSO, *op. cit.*, p. 221, citando a J.C. Bayón.

<sup>34</sup> Questa è anche l'opinione di P. Comanducci (cfr. P. COMANDUCCI, *op. cit.*). Far propria questa posizione, tuttavia, non significa senz'altro ritenere che i diritti umani siano principi e non regole; significa soltanto ritenere che una TDD consenta di fare una miglior analisi dello status dei "diritti umani" (in particolare se debbano essere considerati principi oppure regole), anche in considerazione delle ritenute particolari caratteristiche che vengono normalmente attribuite a queste norme.

<sup>35</sup> Infatti, questi due caratteristiche sono quelle identificate da R. Guastini nella sua caratterizzazione dei principi. Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, p.180.

Per quanto riguarda l'antecedente, la maggior parte dei diritti umani, così come positivizzati, non individua precisamente i casi cui si applicano – cioè, hanno un antecedente aperto. In questo modo lasciano all'interprete la decisione se, in un dato caso specifico, siano o meno sussistenti le proprietà rilevanti necessarie per rendere il diritto umano invocabile.<sup>36</sup>

Per quanto riguarda il conseguente, tuttavia, questo è generalmente non indeterminato<sup>37</sup>: ascrive conseguenze normative del tipo “facoltativo X” oppure “obbligatorio fornire X” oppure “vietato interferire su X” – le quali, per vero, pur essendo indeterminate riguardo a quali siano le condotte che debbono essere materialmente tenute (per fornire oppure per non interferire), non sono certo indeterminate in merito all'obbligo oppure il divieto posti.

In definitiva, è possibile affermare che, essendo le norme sui diritti umani concepite come principi, la loro struttura sia antecedente aperto/consequente chiuso.<sup>38</sup>

### 3.2. Oltre la teoria: come considerare i diritti umani, come regole o principi?

Fornire una risposta a questa domanda ha molto a che fare con, ad esempio, considerazioni ideologiche<sup>39</sup>. La scelta fra considerare i diritti umani come regole, come principi, oppure come entrambi, si trasforma da una questione di fatti – come *possono* essere capiti i diritti umani – a una questione di valori – come *debbono* essere capiti, a seconda della funzione che essi siano chiamati a svolgere nell'ambito del diritto, secondo una data ideologia –.

Considerare i diritti umani come regole implica la concezione dei trattati in materia di diritti umani come spazi rigidi ma delimitati, un ambito riservato (*coto vietato*) in cui è come se i diritti venissero trincerati per proteggerli. Le condizioni di applicazione sono molto chiare e non estensibili, e le conseguenze normative sono facilmente identificabili per i casi ivi compresi. In questo senso, i diritti umani funzionerebbero al modo *tutto-o-niente*: una volta identificato un caso suscettibile di essere sussunto in alcuno di questi diritti, la norma corrispondente verrebbe applicata senza prendere in considerazione altre circostanze fattuali o normative. Ogni altro caso, non sussumibile, non potrebbe dar luogo all'applicazione di queste norme né, dunque, dei diritti umani. In questo modo, i diritti umani potrebbero essere considerati come diritti in senso “standard”, cioè qualcosa che si possa rivendicare, perché la determinazione del loro contenuto non sarebbe (completamente) dipendente dalla volontà dell'interprete.

La concezione (o modello) dei diritti umani come regole, in linea di principio, sembrerebbe avere due problemi. Da un lato, questa cosiddetta applicazione *tutto-o-niente* implicherebbe la realizzazione di un bilanciamento preliminare, così come avviene quando i diritti umani vengono ritenuti principi (e dunque concretizzati per poter essere applicati)<sup>40</sup>. Dall'altro – problematica riscontrabile anche ove fosse rifiutata la conclusione precedente in merito al bilanciamento preliminare –, rimarrebbe comunque ferma la circostanza che le norme sui diritti umani sono il prodotto di un'attività interpretativa: e, pertanto, dipendenti da un atto di decisione del giudice/interprete.

Considerare i diritti umani come principi, invece, contribuisce a pensare un modello più vicino alle dottrine del neo-costituzionalismo, in cui i trattati sui diritti umani non sono semplicemente *corpus* normativi isolati dai diversi sistemi giuridici e/o messi in una posizione di gerarchia superiore

---

<sup>36</sup> Ove si accetti che sia necessario concretizzare i principi prima dalla loro applicazione, può ritenersi che l'interprete abbia due decisioni da prendere: la prima in merito alle proprietà rilevanti che compongono l'antecedente (così da “chiuderlo” e stabilire il caso generico della norma); la seconda per quanto riguarda il giudizio positivo oppure negativo di sussunzione del caso particolare nel caso generico. Sulla concretizzazione dei principi, si veda il punto 4.

<sup>37</sup> Su questa stessa linea di pensiero, cfr. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. cit.*

<sup>38</sup> M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op. cit.*

<sup>39</sup> R. ALEXY, *The Construction of...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>40</sup> Si veda la nozione di “concretizzazione” nel punto 4.

ed isolata. Invero, secondo tale prospettiva, tali diritti-principi attraversano trasversalmente tutte le norme, *costituzionalizzando* il sistema, i contenuti giuridici, nonché l'interpretazione che si faccia di questi. La caratterizzazione dei diritti umani come principi renderebbe allora possibile anche il loro cosiddetto *effetto orizzontale*: cioè, che possano essere usati in ogni parte del sistema giuridico di riferimento, come massima di interpretazione di tutti i rapporti ivi contenuti. I conflitti non sarebbero una questione di drastica *applicazione-oppure-no*, ma di bilanciamento.

Tuttavia, questa seconda concezione non è esente da problemi. Quello più evidente è il fatto che, considerati come principi (il cui antecedente, si ripete, non è preciso), i diritti umani non potrebbero – come tali – far parte del ragionamento giudiziale, inteso come sillogismo<sup>41</sup>. Per superare tale ostacolo, ci sono almeno due alternative: o i diritti umani vengono intesi come “guide interpretative” per scegliere una data regola<sup>42</sup> che svolga la funzione di premessa maggiore del ragionamento, oppure si ricorre alla “trasformazione” dei principi in regole, intendendo una “trasformazione” che renda questi più specifici o più concreti.

Qualsiasi delle precedenti alternative potrebbe però, secondo alcuni autori, aprire la porta alla discrezionalità giudiziaria in senso forte<sup>43</sup>, all'arbitrarietà<sup>44</sup>, oppure renderebbe impossibile il controllo razionale delle decisioni dei tribunali<sup>45</sup>; e tutto questo potrebbe essere chiaramente dannoso per quanto riguarda i diritti umani.

#### 4. Una via intermedia per le norme sui diritti umani: principi tra concretizzazione e regolarizzazione

*Concretizzazione.* Come detto prima, è possibile affermare che i diritti umani siano principi che, però, per essere considerati applicabili, debbano essere “specificati” oppure “concretizzati” (sia dal legislatore infra-costituzionale sia dal giudice al momento della decisione)<sup>46</sup>. Questo in quanto la loro indeterminatezza – specialmente quella del loro antecedente – non permette loro di funzionare come premessa normativa in un ragionamento giudiziale<sup>47</sup>.

Questo è particolarmente evidente non soltanto nell'ambito internazionale con i diversi trattati sui diritti umani (come la DUDU), ma anche nell'ambito nazionale con le diverse norme costituzionali che stabiliscono i diritti fondamentali. In questo caso, «i casi generici che [queste] disciplinano sono necessariamente molto ampi e, pertanto, la ricostruzione – il passaggio dai principi alle regole – diventa imprescindibile»<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> Sul ragionamento giudiziale si veda la bibliografia in R. GUASTINI, *Interpretare...*, *op. cit.*, p. 257, n. 18.

<sup>42</sup> Si fa qui riferimento a ‘regola’ in senso stretto, e non a ‘disciplina’ in senso ampio, perché il punto è segnalare che soltanto le regole possono essere utilizzate come premesse maggiori/premesse normative di un ragionamento di questo tipo.

<sup>43</sup> Secondo la terminologia di Dworkin.

<sup>44</sup> J.J. MORESO, *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*, in *Revista Direito GV* 2006, p. 21.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>46</sup> Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 201.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 201. Si può, tuttavia, ritenere che l'indeterminatezza esista – o venga creata – soprattutto quando non c'è accordo fra i partecipanti della pratica. L'accordo, come nel caso del diritto costituzionale all'uguaglianza in relazione alla differenza del colore della pelle, avrebbe l'effetto di portare a far applicare il suddetto diritto come regola e non come principio. Tuttavia, mi sembra che questa considerazione debba essere più opportunamente riferita agli usi e consuetudini in merito all'interpretazione delle disposizioni normative (come regole oppure principi), e non alle caratteristiche dei principi in sé considerati. [Ringrazio il valutatore anonimo che mi ha segnalato la necessità di fornire una risposta a questa posizione].

<sup>48</sup> J.J. MORESO, *op. cit.* p. 25. La traduzione è a cura dell'Autrice.

La concretizzazione di un principio «è un ragionamento – solitamente non deduttivo, e per tanto non stringente – che (a) ha tra le premesse il principio in questione e (b) ha come conclusione una regola (inespressa)»<sup>49</sup>. Questa regola inespressa, avente antecedente relativamente determinato o chiuso, sarà adatta a essere utilizzata come premessa normativa in un ragionamento giudiziale.

Nel caso in cui ci sia un conflitto tra principi, questo ragionamento includerà una ponderazione o bilanciamento – la fissazione, cioè, di una gerarchia tra questi, che permetta di applicare l'uno e non l'altro – la cui conclusione sarà, appunto, una regola inespressa. Il metodo consta di tre passi:

- 1) realizzare un bilanciamento (cioè, fissare una gerarchia);
- 2) estrarre da questo bilanciamento una regola (inespressa); e
- 3) valutare la possibile sussunzione del caso, che si è chiamati ad affrontare, entro la regola ottenuta nel passo 2)<sup>50</sup>.

Tuttavia: dato il carattere generalmente attribuito alle gerarchie prodotte con tale ponderazione – cioè, carattere assiologico e mobile<sup>51</sup> –, e data la caratterizzazione che si può fare di tali conflitti tra principi – antinomie in concreto di tipo parziale bilaterale<sup>52</sup> –, questa regola inespressa di risulta potrebbe essere considerata come adatta esclusivamente a regolare il caso particolare<sup>53</sup>. Questo significherebbe adottare una concezione particolarista e, in questo senso, che porta a dubitare della sua idoneità a fronteggiare le critiche sviluppate nel punto 3.2.

*Regolarizzazione.* Un possibile modo di ridurre l'evidenziato “particolarismo” nei casi di conflitti tra principi è attraverso la cosiddetta “regolarizzazione”<sup>54</sup>.

La “regolarizzazione” ha tre differenze importanti rispetto al metodo anteriore: i) non considera la gerarchia stabilita dalla ponderazione completamente “mobile”, perché ii) la regola inespressa di risulta deve essere precisa, avente antecedente e conseguente chiari e chiusi (deve, cioè selezionare tutte le proprietà rilevanti che strutturano l'ambito normativo della fattispecie o caso); e, di conseguenza, iii) a seguito di un caso, in cui si sia seguito il suddetto metodo e, dunque, sia stata stabilita una regola, il caso non deve essere considerato come implicante un conflitto tra principi – il quale richiede una nuova ponderazione – bensì come un caso regolato da questa regola.<sup>55</sup>

In questo modo, la regolarizzazione trasforma anche l'analisi: da una concezione “particolarista” a una concezione più sostantiva o universalista<sup>56</sup>, tenendo ferma l'idea che le norme sui diritti umani siano considerate principi e, allo stesso tempo, riducendo le critiche addotte nel punto 3.2.

## 5. Conclusione

Il presente saggio ha analizzato le norme sui diritti umani e principalmente: 1) la nozione di regola e di principio; 2) le valutazioni che ritengo sottostanti all'una e all'altro, insieme ai corrispondenti

---

<sup>49</sup> Cfr. ad es. R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 201.

<sup>50</sup> Quest'ultimo passo è la continuazione del ragionamento; i passi 1) e 2) si riferiscono alla scelta della premessa maggiore.

<sup>51</sup> R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>52</sup> R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 205.

<sup>53</sup> Anche se, potrebbe ritenersi, ogni caso particolare ha delle caratteristiche suscettibili di essere generalizzate; questo è sostenuto da J. Ruiz Manero, in risposta a chi ritiene la ponderazione un ragionamento che conduce unicamente a soluzioni particolariste.

<sup>54</sup> J.J. MORESO, *op. cit.* p. 22.

<sup>55</sup> A meno che non si ritenga che ci sia una proprietà rilevante non considerata tale in precedenza, e, dunque, che la regola già ricavata non debba essere applicata (cioè, che esista una lacuna assiologica; C. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 106 ss); ma tale conclusione deve essere giustificata dal giudice.

<sup>56</sup> J.J. MORESO, *op. cit.* p. 24.

problemi e critiche. Infine, è stato proposto un possibile modo di rendere compatibili: i) la visione delle norme di diritti umani quali principi (con la loro conseguente indeterminatezza e fundamentalità); ii) una concezione non (completamente) particolarista dei principi e, perciò, dei diritti umani così considerati; e iii) la attenuazione di quegli elementi che possono essere dannosi per i diritti umani.

Adottare questa posizione, come ho sostenuto sopra, renderebbe possibile, da un lato, illustrare più adeguatamente cosa succede nella pratica giuridica; dall'altro, permette di realizzare un'analisi razionale più accurata e approfondita in merito alle decisioni giudiziarie che hanno come oggetto uno di questi diritti, così da poter garantire – nel modo più ampio e ugualitario possibile – i diritti umani.