

PREFAZIONE

Questo libro interessa a coloro che sul diritto si pongono delle domande diverse dalla correttezza formale della sua produzione, interpretazione e applicazione, o anche dal tipo di interessi che le singole norme tutelano. In esso si tenta infatti di verificare quali possano essere i valori – oltre a quello del puro e semplice ordine – che riescano a dare al diritto un senso, uno scopo da raggiungere, e alla luce dei quali verificare non solo l'opportunità di singole norme astratte, ma anche la qualità del loro funzionamento nel concreto delle relazioni umane. È chiaro che la ricerca di tali valori, che dovrebbero essere riconosciuti nelle varie culture e idonei ad orientare le relazioni in un mondo globalizzato, richiede una determinata concezione antropologica dell'essere umano. Benché questo punto venga esaminato nel libro solo episodicamente, mi pare che si possa dire che i singoli saggi, al di là di più o meno marginali differenze tra i loro autori, presuppongano una concezione di tipo personalistico, quanto meno nel senso di ritenere che l'essere umano riconosca la propria identità e la sviluppi solo nel rapporto con le altre persone. Tale rapporto normalmente è configurabile anche sotto forma giuridica, il che conferisce al diritto uno spiccato carattere di relazionalità, il quale è accresciuto dal fatto che il diritto stesso si presenta come una comunicazione, rivolta ai singoli componenti, da parte del gruppo o dei gruppi a cui essi appartengono.

Ora, due valori che nel corso della storia umana hanno inciso fortemente sulla qualità delle relazioni umane e sulla loro disciplina giuridica, presentandosi in determinati luoghi ed epoche come principali obiettivi a cui il diritto doveva tendere, sono stati quelli della libertà e dell'eguaglianza. Essi in età moderna sono stati proposti con particolare energia ed efficacia dalla rivoluzione francese, la quale, forse con minore energia e certo con minore efficacia, vi ha affiancato quello della fraternità (che anch'esso ha dietro di sé una lunga storia sociale e giuridica, proprio al di fuori delle relazioni tra consanguinei). Ciò sarebbe sufficiente per stimolare riflessioni sulla possibilità di dare concretezza, anche nel campo giuridico, a tale concetto. Ma vi è dell'altro.

Dopo l'ultimo conflitto mondiale la fraternità è stata citata in alcune carte costituzionali (come quella francese, portoghese, brasiliana, ma non solo), mentre altre (come quella italiana, quella spagnola e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) fanno riferimento al valore, simile ancorché non identico, della solidarietà; soprattutto, essa è stata indicata come supremo criterio regola-

tore dei rapporti interumani dai rappresentanti degli Stati che il 10 dicembre 1948 approvarono la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 1). L'immane catastrofe bellica, che aveva coinvolto buona parte della popolazione del pianeta, aveva fatto nascere l'esigenza di una nuova proclamazione dei diritti dell'uomo e di un criterio che ne determinasse l'uso e il rispetto. Il nesso tra fraternità e diritti umani è importante, anche per evitare che la prima possa essere richiamata quale valore di un gruppo ristretto, con l'intenzione di escluderne coloro che non vi appartengono. Difatti, forse non a caso numerose costituzioni (come quella belga, quella finlandese, quella irlandese e la legge fondamentale tedesca), evitano tale termine e preferiscono richiamare l'attenzione sulla dignità umana e sui diritti che ne discendono. Orbene, la Dichiarazione universale del 1948 mostra che non v'è contraddizione tra i due orientamenti e che il concetto di fraternità, se inteso in senso universale e non particolare, comporta appunto il rispetto della dignità e dei diritti umani di ciascuno. Ma per questo non bastava il richiamo all'eguaglianza tra le persone? Quali prospettive più ampie aprono i concetti di fraternità, o di solidarietà, o altri simili come quello più recente di "prossimità"?

I saggi contenuti nel presente volume tentano alcune risposte: anzitutto, tali valori, orientando ogni soggetto a un approccio positivo verso un'altra persona, indipendentemente dal tipo di rapporto umano e giuridico che li coinvolge, contribuirebbero a dare effettività al rispetto dell'altrui dignità (mentre ad esempio il fatto che l'altro in questo momento sia mio avversario o mi abbia fatto un torto può suscitarmi il dubbio se io debba considerarlo eguale a me); da essi può infatti trarsi la convinzione che in ogni singolo essere umano abiti tutta l'umanità. In secondo luogo, i valori citati, quand'anche non si possa sostenere per ogni ordinamento l'esistenza di un "diritto alla fraternità" o "alla solidarietà", sarebbero idonei a giustificare i cosiddetti diritti a titolarità diffusa (o diritti umani "di terza generazione"), quali quello alla pace, allo sviluppo, a un ambiente sano ecc. Si tratta, come si vede, di doveri e responsabilità che gravano sui poteri pubblici, ma anche per la sua parte su ogni singolo soggetto, e che tutelano interessi che non appartengono solo alle generazioni presenti, ma anche a quelle future. Secondo un'altra tesi qui sostenuta, poi, solo la fraternità sarebbe in grado di dare concretezza e continuità al valore della "sostenibilità" estendendolo, dall'ambito economico e ambientale, ad abbracciare tutto il sistema delle relazioni umane in un certo luogo. Anzi, si potrebbe sostenere, con prospettiva tutta da esplorare, che sia la relazione stessa fra le persone – anziché i rispettivi interessi – a costituire il vero oggetto della tutela giuridica; il gruppo di appartenenza sarebbe quindi concepibile come una rete di relazioni, al punto che anche il principio di legalità dovrebbe essere inteso in senso sostanziale, come tendente a garantire una convivenza sollecita verso ogni persona. In tale contesto, la fraternità costituirebbe un richiamo a tener conto in modo equilibrato delle differenze e identità di singoli o gruppi minori. Mentre altre riflessioni sono più legate ai dati

positivi di singoli ordinamenti (soprattutto le Costituzioni francese, italiana, brasiliana, o il sistema penale, in base a spunti tratti da quello italiano), merita porre in evidenza un problema che forma oggetto di discussione in Paesi di *common law*: se dal dovere di *alterum non laedere* si possa desumere una responsabilità di colui che, conoscendo una situazione di pericolo e potendo intervenire in aiuto, non l'abbia fatto, con danno conseguente per il soggetto che in tale situazione versava.

Come si vede, le vie che il giurista può percorrere per dare concretezza al valore della fraternità o a quelli ad esso affini sono molteplici, ma faticose, e richiedono anzitutto esempi vissuti di tali valori e un consenso sociale intorno ad essi, che naturalmente di tanto potrà crescere, di quanto si diffonda una cultura adeguata. Ciò vale anche per la comunità internazionale che, nonostante la Dichiarazione del 1948 e nonostante l'apertura di essa a soggetti diversi dalle singole entità statali e più sensibili a riconoscere valori universali, resta condizionata dagli interessi degli Stati e dalla politica di potenza che ne consegue. Tuttavia, fa bene sperare l'affermarsi della concezione dell'unità della "famiglia umana" (come mostrano ad esempio espressioni quali: "crimini contro l'umanità", "patrimonio comune dell'umanità"), come titolare di interessi comuni e superiori a quelli delle diverse unità statali.

Non meno interessanti dei precedenti sono due saggi che, anziché riferirsi ai valori più o meno riconosciuti e da concretizzare nei vari ordinamenti (compreso quello internazionale) propongono un modello di analisi teorica dei singoli rapporti giuridici, con una prima e ancora generica applicazione a quelli contrattuali. Qui la parola chiave, prima che "fraternità", è "giustizia", ma non si tratta di una teoria della giustizia. Si dà invece per scontato che obiettivo del diritto sia favorire l'instaurazione di rapporti "giusti" e che questo, almeno nel diritto privato, sia anche il desiderio delle parti. La valutazione del singolo rapporto dovrebbe prendere in considerazione sia il modello di esso nella prassi sociale, sia la normativa che lo regola (ovvero il "modello giuridico"), sia il comportamento delle parti nel suo svolgimento, sia l'esito di esso, con il suo maggiore o minore grado di giustizia (qualunque cosa si intenda con questo termine). Naturalmente, l'esito dipenderà in maniera più o meno accentuata dai tre aspetti precedenti e a sua volta influirà sulla prassi sociale successiva e, se largamente diffuso, anche sulla normativa. L'inserimento della fraternità/solidarietà in questo schema può avvenire a livello sia della prassi sociale, sia della normativa, sia del comportamento delle parti. Supponendo che ciò sia avvenuto nel primo o nell'ultimo dei tre aspetti citati, e supponendo che l'esito di giustizia sia più soddisfacente che in altri casi, se ne potrebbero trarre indicazioni per il progresso del diritto.

Tale schema di analisi, immediatamente applicabile da un giudice di *common law* (mentre quello continentale dovrà districarsi all'interno dei vincoli normativi del proprio ordinamento), consente la rilevazione di dati empirici dei quali i

giuristi potranno valutare l'importanza al fine di svolgere ulteriori riflessioni, ma soprattutto permette di cogliere la rilevanza dei singoli comportamenti individuali nel dar forma alle relazioni che qualificano il gruppo sociale di riferimento; permette inoltre di seguire la trasformazione di prassi in vere e proprie consuetudini e di provocare, o direttamente o tramite una fonte autoritativa formale, mutamenti nel diritto; in sostanza, pone in rilievo il nesso tra il modo di agire dei componenti di un gruppo e la totalità dello stesso, superandone la tendenziale separazione nel discorso giuridico. Ciò non è senza effetti sulla concezione della fraternità o dei valori ad essa affini, perché lo schema indicato offre una via per misurarne concretizzazione e diffusione, prefigurando per essi un'affermazione e uno sviluppo non molto dissimile da ciò che, nell'ambito del diritto privato, è avvenuto per quello di "buona fede" partendo dal diritto romano fino alle codificazioni moderne.

Va da sé che tutte le prospettive e le tematiche indicate possono suscitare ulteriori approfondimenti o anche accese discussioni, ma questo è proprio lo scopo di un volume come il presente.

Fausto Gorla

INTRODUZIONE

Intraprendere un percorso di ricerca comporta, per chi vi si accinge, delineare ambiti e obiettivi da raggiungere a partire da un orizzonte culturale. Ma per il giurista, chiamato oggi a confrontarsi, da un lato, con i sistemi normativi e, dall'altro, con la *pluralità delle culture* o le *culture plurali*, non si tratta tanto di ripercorrere solchi già tracciati, piuttosto di addentrarsi per sentieri spesso inconsueti e non privi di incognite. Forse una prospettiva inedita, specie se si pensa che dinanzi alle molteplici e ricorrenti domande da sempre, nel mondo giuridico, *spazio* e *tempo* hanno costituito categorie 'alleate' nella conoscenza e, alla stessa, necessaria premessa metodologica: fondano la lettura della storia e l'interpretazione degli eventi, tracciano percorsi, danno vita anche a istituti giuridici all'interno degli ordinamenti. Per tutti la *consuetudine*, che trova la sua rilevanza giuridica nel decorso del tempo: la stessa necessita infatti, tra i requisiti, del ripetersi di comportamenti, assunti ad oggetto di una regola, per un certo periodo di tempo all'interno di una collettività.

Eppure oggi, paradigmi e certezze acquisite sembrano perdere la loro rilevanza, mentre la realtà *virtuale* pare ridefinire spazi e rapporti capaci di consumarsi in un istante senza tempo e collocarsi in tutti i luoghi e in nessun luogo. Al contempo, proprio la tecnologia, nella sua attuale sfera di dominio, investe categorie che nell'umanità hanno segnato da sempre le tradizionali scansioni del passato, presente, futuro, proprie come tali di un tempo letto storicamente. Oggi – si fa notare – la stessa «tecnica rende il tempo insignificante: il passato è nulla altro che il tecnicamente superato, il futuro è il tecnicamente perfezionato». I risultati si raggiungono e dissolvono, tanto da concludere: «La tecnica è astorica, perché il mondo ch'essa produce è artificiale, ma così invasivo da sostituirsi a quello reale»¹.

Muta la metodologia anche nella ricerca posta dinanzi a nuove sfide: non si tratta soltanto di ripartire nell'oggi da un cammino già tracciato nella storia dell'umanità, è chiesto piuttosto di saper cogliere dall'attualità del presente quelli che si è soliti definire "segni" di un mondo che cambia.

Difficile diventa ricostruirne la chiave di lettura tra complessità e incognite,

¹ Cfr. F.P. CASAVOLA, "Innovazione ed Etica", Lectio Magistralis (testo ined.), p. 40 s. (in occasione dell'Inaugurazione dell'a.a. 2007-2008, Università degli studi del Sannio).

contraddizioni e rinnovate attese per singoli e popoli. Dinanzi a “poteri” e “saperi”, che la stessa scienza e il progredire della tecnologia portano con sé, occorre oggi lasciarsi interpellare da domande forse inedite, senza peraltro tralasciare quelle pur note al diritto, non ultime: *giustizia e legalità*.

Se in tal senso l'analisi del giurista trova di solito come suo oggetto un ordinamento e le regole in esso dettate per la convivenza, l'epoca della globalizzazione pone ulteriori e inconsuete sfide². Da un lato, l'osservatore ha dinanzi a sé un orizzonte che, per l'assenza di frontiere, si colloca *oltre* i confini degli Stati; dall'altro, emergono le nuove “frontiere” tracciate dalla tecnica verso prospettive sempre più inquietanti per la stessa *umanità* dell'uomo. Ricorre l'immagine di una società complessa, nella quale il confronto cerca vie di conciliazione tra *interdipendenza*, paradigma per sé indicativo di legami tra le persone, e molteplici conflittualità mai sopite.

In tale cornice, innovativa per ogni codificazione e significativa nella sua incidenza per la vita di popoli e comunità, anche il diritto nella propria essenza ‘trova’ nuove frontiere e campi da “dissodare”. Varcando i confini tracciati nel corso della storia, lo spazio anche giuridico è ridisegnato oggi dalla stessa economia globale, che necessita di nuove regole e “forme” di convivenza, in uno scambio tra singoli e popoli. È uno scenario che non può essere affidato unicamente alle soluzioni inerenti alla *Governance*; domanda un “percorso” che si snoda tra sistemi normativi e culture, principi e regole, traguardi raggiunti e “nuove” esigenze nelle relazioni tra persone e nell'umanità.

Le sfide di oggi intrecciano infatti storie di individui e popolazioni, dinanzi alle quali il diritto pare attraversato da una crisi profonda e da una mancanza di effettività nell'attuazione³. Eppure, tanto più penetrante ne appare la sua forza, se la si misura in ragione delle numerose fonti di produzione normativa⁴: dalle

² A.J. ARNAUD, *Le sfide della globalizzazione alla modernità giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 77 ss., pone la questione non solo in ordine alla natura stessa del diritto, ma anche in riferimento a un nuovo contenuto dei suoi principi generali, in un'epoca in cui «il mercato tende a sostituirsi alla persona al centro di ogni regolazione sociale»: così, p. 80. Per un'indagine condotta sul “crinale” tra diritto ed economia, che rilegge oggi, in versione planetaria, una «nuova *lex mercatoria*» con funzione di normazione rispetto alla «*societas mercatorum* o *business community*», ovvero, una società senza Stato, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, V ed., 2010, p. 248 ss.; cfr. altresì i successivi rilievi su globalizzazione e universalità del diritto, *ivi*, p. 273 ss.

³ Rilievi analoghi, a margine dei “rimedi giuridici”, sono espressi da F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. XIV, e specificamente in riferimento al diritto penale, p. 577 s. L'autore del resto, a fronte del “principio di responsabilità”, sottolinea quale “rimedio” la capacità di «*forgiare paradigmi nuovi di stili di vita*» (corsivo orig.).

⁴ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss., sottolinea nel merito che, se plurali sono le fonti e i soggetti produttori del diritto, l'ulteriore risultato accanto al *pluralismo giuridico* è altresì la «re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico», così

Costituzioni alle leggi, fonti primarie e secondarie, fonti comunitarie e internazionali, che pure non arrivano a far tacere il rilievo di un'insufficienza del diritto a risolvere i tanti conflitti e le questioni aperte.

Parrebbe, da un lato, essersi perso nel tempo il senso stesso del diritto come regola di vita e coesistenza, capace di orientare le varie forme di convivenza; dall'altro, il "ridursi" del mondo al c.d. "villaggio globale" richiama l'attualità intramontabile del dettato dell'art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. La «famiglia umana», di cui al Preambolo, fa da sfondo nella Dichiarazione del 1948 all'enunciato dell'art. 1: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti [...] e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza»⁵.

E quasi a percorrere un ideale ponte tra passato e presente, ritroviamo alcune parole scritte in un manifesto giuridico già del 1868, parole che appaiono forse in controtendenza, ma quasi in attesa di risposta: «L'umanesimo picchia alle porte del tribunale [...]: l'uguaglianza e la libertà [...] si fecondano con un terzo (concetto) [...] la fraternità tra gl'individui e tra i popoli, che dal campo ideale e religioso accenna versarsi nel campo politico e legale»⁶. Il diritto parrebbe così ricercare, anche in epoche passate, nuove vie o guardare 'oltre' rispetto a consolidati principi o tradizioni, per divenire strumento efficace della convivenza.

Possiamo del resto constatare come proprio il diritto *tutti* interpella e coinvolge.

c. 157. Il diritto statale, che ha conosciuto con Kelsen la sua teorizzazione, si confronterebbe oggi con il «diritto della globalizzazione», sprovvisto della *purezza*, ma dotato di *effettività*, questa volta misurata rispetto agli interessi economici degli operatori: così *ibidem*. La prassi, che crea il diritto per bisogni strettamente connessi al mercato, contribuisce alla sostituzione dell'immagine, tipica del sistema normativo "autoritario", rappresentata dalla *piramide*, con quella della *rete*, a significare un sistema di regole «sullo stesso piano, legate l'una all'altra da un rapporto di reciproca interconnessione»: *ivi*, c. 159 s. Non mancano peraltro note critiche specie a fronte di uno *statuto penale* che, persa la sua unitarietà, si confronta con un «sistema a rete», inducendo un «cambio di paradigma tra sistema delle regole e sistema dei principi»: così C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, in part. p. 1108 ss. e, *ivi*, le conclusioni, p. 1129 ss.

⁵ Cfr. a margine i rilievi svolti in una prospettiva internazionale da M. AQUINI, *Fraternità e diritti umani*, in A.M. BAGGIO (ed.), *Il principio dimenticato la fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Città Nuova, Roma, 2007, p. 251 ss., e V. BUONOMO, *Vincoli relazionali e modello di fraternità nel diritto della Comunità internazionale*, *ivi*, p. 227 ss. Per una necessaria rilettura della *solidarietà*, proposta alla luce delle *Dichiarazioni*, nell'epoca della globalizzazione, cfr. A. SUIPIOT, *Homo juridicus*, Seuil, Paris, 2005, trad. it. X. Rodríguez B., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 2006, p. 240 ss.

⁶ P. ELLERO, *Manifesto dell'Archivio giuridico*, in *Arch. giur.*, I, 1, 1868, p. 7; nel testo citato l'uguaglianza e la libertà vengono definiti concetti *negativi*, mentre la fraternità *positivo*. Gli argomenti che seguono in testo, pare doveroso premetterlo, costituiscono un ulteriore approfondimento di tematiche svolte in occasione di Convegni e Seminari internazionali, secondo una metodologia arricchita dal dialogo e confronto fra giuristi di differenti orientamenti e tradizioni giuridiche nei diversi Continenti.

La vita quotidiana, infatti, si tratteggia in una fitta rete di rapporti, gesti, comportamenti che mettono in relazione persone tra loro, o persone e istituzioni, e hanno in sé rilevanza giuridica: si vivono relazioni familiari disciplinate dalla legge, si instaurano rapporti contrattuali attraverso gli acquisti, si fruisce di servizi a fronte di contributi corrisposti allo Stato, si ricorre ai mezzi di trasporto che comportano l'osservanza delle regole, si costituiscono rapporti di lavoro disciplinati da norme e così via⁷.

La giuridicità entra dunque nella quotidianità delle relazioni, al di là della consapevolezza che se ne possa avere, e nell'intersecarsi delle condotte "vive" il diritto in quella che diventa "esperienza giuridica". Si può comprendere in questa dimensione quanto del diritto stesso si è scritto in ragione del suo fondamento: è attività che si esplica come relazione, insieme di rapporti tra individui capaci, per loro natura, di incidere e modificare il mondo concreto, comunione attraverso la diversità di interessi e fini di ogni vita particolare⁸. La reciprocità, essenza delle relazioni giuridiche, in cui diritti e doveri si pongono quali termini correlativi⁹, chiede dunque ulteriori rilievi. La dottrina, del resto, dinanzi all'apparente chiudersi di ogni discorso sul diritto, riflette ancor oggi sull'*esperienza giuridica* a collocare il mondo dei comportamenti umani e delle relazioni, così come il mondo delle norme, in un unico e più vasto mondo. La stessa osservanza delle norme, nella loro portata generale rivolta a tutti, viene riletta come «"riconoscimento solidaristico"», in una adesione all'ordinamento che si cala «"nella relazionalità tipica dell'esperienza umana"»¹⁰. Ma la complessità dell'oggi

⁷ Circa il contesto quotidiano delle relazioni e il diritto cfr. G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Utet, Torino, 1994, p. 49 ss., rilievi ripresi in ID., *Manuale di diritto privato*, IX ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, p. 3 s.

⁸ Cfr., in una più ampia prospettiva, G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in ID., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 127 e *supra*, p. 115, dove si mette in luce la «relazione [...] che suppone il riconoscimento dell'altro uomo, sia quello che è, sia veramente relazione»; ID., *L'esperienza giuridica nella storia*, in *Opere*, cit., vol. III (Scritti postumi ed inediti), in part. p. 296. Pur se in altra prospettiva, possiamo qui richiamare l'indagine concettuale svolta circa il termine "*Recht*", riferito all'ordinamento giuridico come ordinamento della condotta umana, dove – si argomenta – «è il comportamento reciproco degli uomini che costituisce l'oggetto di questa regolamentazione» – così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, (trad. it. M.G. Losano), Einaudi, Torino, 1975, p. 44 (titolo originale *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960).

⁹ Così N. BOBBIO, «I diritti dell'uomo oggi», Intervista (14/6/1991) a Norberto Bobbio, consultabile nel sito www.emsf.rai.it. Collocandoci nell'orizzonte dell'umanità, alcune parole richiamate dallo stesso filosofo nella intervista citata possono gettare nuova luce anche sui contenuti della reciprocità: «"I diritti dell'uomo – sottolinea – costituiscono al giorno d'oggi un nuovo ethos mondiale"».

¹⁰ Cfr. G. FORTI, "*Paradigmi distributivi*" e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1628 s., e *ivi* bibliografia cit., nota 98. Per i rilievi che in testo immediatamente precedono R. ORESTANO, *'Diritto'. Incontri e scontri*, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 505 s. e 552 ss. Interessanti notazioni emergono altresì nell'analisi svolta da G. COSÌ, *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2013, p.

amplia l'orizzonte. L'essenza esistenziale riconducibile a quei "diritti dell'uomo" oggetto di riconoscimento non solo a livello costituzionale nelle Nazioni, ma anche universale, pare trovare conferma nell'«esigenza umanitaria di proteggere la *persona umana* come tale»¹¹. Se la loro tutela è compito condiviso, ciò confermerebbe altresì che i diritti umani sono in quanto tali parte del patrimonio comune dell'umanità. Non appare dunque distante la categoria dei diritti in parola neanche da quella pensabile come *bene comune*. Anzi, secondo una recente analisi, quest'ultimo verrebbe a costituire «un criterio normativo d'azione e uno sfondo valoriale di cui i diritti umani sono parte integrante», fino ad assumere rispetto agli stessi la coincidenza tra "comunanza" e "universalità"¹². L'una e

111 ss., allorché l'autore volge lo sguardo a un percorso dal mito alle antiche immagini, proprie della cultura greca. Se ne traccia l'*esperienza normativa* attraverso i significati di parole-chiave. Tra queste, *dike* e *aidòs*, concetti che, ripresi «in forma endiadica», assumono un valore peculiare: il primo offrirebbe la *garanzia* di una condizione di *reciprocità*, laddove il secondo, espressione di un «sentimento [...] *relazionale*, rivolto a coinvolgere l'«altro»», viene accostato, per il suo contenuto di valore, all'«ambito dell'esperienza intersoggettiva, che lo avvicina ad un atteggiamento esistenziale di riconoscimento dell'«altro»».

¹¹ Nel merito, e a fronte di talune criticità, ci sia consentito un cenno al dibattito più che mai attuale, emerso tra «progresso della tecnica» e «scientismo tecnologico, [...] forma attuale della volontà di potenza». È in tale contesto che L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 7 s., indica nei principi costituzionali, espressione dei diritti fondamentali, «principi elementari dell'ordinamento», come tali dotati di una acquisita natura giuridica. A ciò conseguirebbe una nuova 'validità': il diritto positivo fonderebbe «in un ordine oggettivo [...] valori sostanziali», superando nel contempo una validità ancorata alla mera «legalità procedurale». Se dunque, afferma l'autore, la Costituzione riconosce alcuni valori come «oggettività ideali» e li traduce in «principi *giuridicamente* vincolanti per il potere legislativo», la stessa interviene a correggere con il principio di solidarietà «l'individualismo originario della teoria dei diritti umani».

Tale prospettiva, necessariamente collocata nell'ambito dell'ordinamento italiano, ma che ben potrebbe ampliare la sua portata, è ripresa anche da N. LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1108 ss., per sottolineare una duplice peculiarità: da un lato, la possibilità del superamento di una tecnica "autoreferenziale", attributiva come tale di una dimensione essenzialmente misurata sull'individuo, dall'altro, nel recupero del diritto come valore, un'auspicabile «effettività del principio di solidarietà» necessario a un ordinamento giuridico «multiculturale», così p. 1110 s. Del resto, nel verificare per l'oggi il valore attuale della Dichiarazione Universale del 1948, A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, VII ed., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 77 ss., ravvisa nei diritti umani un nuovo *ethos*, la cui base starebbe in un «generoso desiderio di *unificare il mondo*», costituendo al contempo il tentativo di indicare «*valori* (il rispetto della dignità della persona umana)» e «*disvalori* (la negazione di quella dignità)»: *ivi*, pp. 80 e 87 per la citazione in testo.

¹² Cfr. M. ZANICHELLI, *Diritti umani e bene comune*, in *Bene comune fondamenti e pratiche*, a cura di F. BOTTURI-A. CAMPODONICO, Vita e Pensiero, Milano, 2014, rispettivamente, pp. 149 e 152 ss. Se oggi l'intera problematica, a vari livelli, viene affrontata nella dimensione del *multiculturalismo*, si avverte come la traduzione dell'elemento culturale in chiave giuridico-istituzionale ponga questioni problematiche in forza di un'identità, interna a uno Stato: si tratta dei rilievi svolti da V. BUONOMO, *La tutela dei diritti dell'uomo strumento dell'integrazione europea*, in V. BUONOMO, A. CAPECCI, *L'Europa e la dignità dell'uomo diritti umani e filosofia*, Città Nuova, Roma, 2014, p. 13 ss., e in part. p. 99. Ed è nel merito che non si esita peraltro a sottolineare come sia allo stesso

l'altra, nella lettura a cui si attinge, consentono e comportano la relazione tra individui, culture, che nella diversità includono altresì quale componente indefettibile la *responsabilità*.

Se così è, il percorso di ricerca interpella anzitutto il giurista dinanzi a una complessità dal duplice volto: l'uno, riflesso di una conflittualità che nella convivenza le norme non riescono per sé a contenere; l'altro, generato dal «quotidiano nascere e morire» di norme ai più vari livelli. È di oggi la visione di un diritto – quale quello più recente, almeno nella tradizione di *civil law* – descritto «senza destinazione», senza un “dove” e un “perché”, quasi una lettura “inesorabile”, che nel weberiano “politeismo dei valori” riduce il diritto stesso a «produzione di norme», consegnato alla «solitudine della volontà umana»¹³.

L'osservatore, in una sorta di “disincanto giuridico”, traccia così un diritto che arriverebbe oggi a condividere, con l'arbitrarietà della stessa volontà, una strumentalità in vista di scopi e interessi, che portano con sé conflitti tra concezioni del mondo diverse, mentre l'«indifferenza» per i contenuti normativi spingerebbe verso il «culto della forma». Nichilismo e formalismo si saldano, e attraverso le «procedure» il diritto – come la tecnica – «costruisce la propria artificialità»¹⁴, fino a esprimersi come «volontà di potenza», singola o collettiva. Un diritto non più solo “positivo” ma “im-positivo” con la forza della norma giuridica, tecnica fra le altre tecniche, «prodotto» che – come tale – «non serve più a conoscere la verità»¹⁵.

Il diritto, che pure nella sua necessaria oggettivazione chiede la *forma*, ora l'assumerebbe non più «al servizio del contenuto», ma come sua «essenza»; e nel costante *prodursi* di norme, in assenza di un “fine”, è nella forma che «il caos [...] trova vincoli e ordine»¹⁶. Così si rilegge il «valere del diritto [...] nel volere» e si afferma: «Il diritto, ormai separato dall'ordine cosmico e dalla sapienza divina, si getta nelle braccia di volontà terrene, che lo traggono dal nulla e lo riso-

Stato riconducibile la funzione di accordare «protezione alla dignità umana e un servizio al bene comune».

¹³ Tali espressioni concorrono a descrivere oggi un diritto unicamente “ripiegato” in se stesso, la cui razionalità diventa «la razionalità di questa assoluta solitudine»: così N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, I ed., Laterza, Roma-Bari, 2004, p. V s. e, per le citazioni di cui nel testo, *ivi* pp. 8 e 22. Alcune notazioni sono state in precedenza sviluppate dall'Autore sotto il titolo *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1159 ss.

¹⁴ Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 26 e 34 (corsivi orig.).

¹⁵ Così N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. VI e p. 36. Circa le «diverse forme della volontà di potenza», collocate in quel mondo della tecnica alla quale anche il diritto apparterebbe, cfr. *ivi*, p. 38 s.

¹⁶ La riflessione, che pare implacabile nella lettura che sottolinea anche nel diritto “smarrimento”, “assenza” d'unità e di scopo, amplia il proprio orizzonte in altre pagine che l'autore indicherebbe come «“*Nichilismo giuridico II*”»: così N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, in part. – per le citazioni di cui in testo – *ivi*, p. VI s. e p. 10 s. (corsivi orig.).

spingono nel nulla. Legandosi alla finitezza del tempo, il diritto esperisce tutte le possibilità dell'essere e del non essere»¹⁷. Il fenomeno in parola viene altresì collocato e «riletto» oggi nel più ampio orizzonte ridisegnato da un'economia dove «gli affari [...] non tollerano confini. I luoghi non sono più decisivi; ciò che conta è il «*dovunque*» del produrre e dello scambiare [...]. I rapporti perdono ogni nota di concreta e specifica individualità [...] rispondono soltanto a criteri di calcolo e quantità». Produzione e scambio, profitti e consumi delineano nel «*dovunque*» lo «spazio» dei mercati, dove la globalizzazione «costringe il diritto [...] a costruire un nuovo ordine del mondo»¹⁸.

Così il diritto, che nei suoi «confini» dentro gli ordinamenti degli Stati ne ha segnato l'«identità storica» e l'individualità degli uomini nella titolarità dei diritti ad essi propri, ora nella «*co-estensione*» con l'ambito economico «abbandona anch'esso la terra originaria» e nelle nuove frontiere si confronta con l'«artificialità», quale «*punto d'incontro fra diritto e tecno-economia*»¹⁹.

Nuovi «ambiti» dunque e nuove «domande» si aprono a un «oltre» rispetto a uno spazio e un tempo definiti. Se, difatti, l'orizzonte tratteggiato pare raggiungere il *nichilismo* come un «approdo», nella constatazione di un passato che non torna e di un futuro senza orizzonti, diventa ineludibile interrogarsi sul nostro essere «qui» e «ora». Il cammino si fa quello stesso dell'umanità, dove l'uomo vive accanto all'altro uomo, per aprire a un'ulteriore dimensione, nella quale gli interrogativi del giurista «dialogano» con le istanze e le attese di risposte ai bisogni degli uomini d'oggi. Il diritto, se così è, costituito dall'uomo e per l'uomo, entra per sé nella vita dell'umanità e, rompendo gli argini di un sistema che può apparire «chiuso» nel «recinto» delle norme, si apre nella capacità di «sostanziare» ogni formalismo per «tessere» piuttosto rapporti tra le persone a qualunque latitudine²⁰. Il metodo pertanto, con cui sarà svolta una pur limitata indagine,

¹⁷ Così N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., pp. 9 e 13, ove l'autore osserva come alla «verità del messaggio divino» sia subentrata «la validità della procedura». E proprio nel riprendere – *ivi* p. 12 – quella formula che riduce il diritto a forma della «volontà di potenza», si spiega: «Se vuote sono le stanze del cielo, se dèi e natura rimangono silenziosi, allora il diritto, consegnandosi al volere umano, è un ininterrotto nascere e morire».

¹⁸ In vari scritti dell'autore emerge l'«inesorabile» connessione tra diritto ed economia, riletta di recente, secondo quanto riportato in testo, da N. IRTI, *S-confinatezza*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2925 ss., e in part., pp. 2929 ss. e 2933.

¹⁹ Così N. IRTI, *S-confinatezza*, cit., p. 2932 (corsivi orig). Circa la definizione del mercato quale «*locus artificialis* e non *naturalis*», cfr. V. BUONOCORE, *Impresa, mercati finanziari*, Governance, in *Competitività dei mercati finanziari e interessi protetti. Il pendolo del diritto americano e le prospettive del diritto italiano*, a cura di C. AMATUCCI-V. BUONOCORE, in *Quaderni giur. comm.*, 2008, n. 320, p. 188 ss.

²⁰ Anche nell'ambito dei rilievi formulati da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, cit., p. 83, non manca il richiamo, nel particolare quotidiano, alle «relazioni concrete e determinate». Resta tutta-

non adotterà come sua unica misura la norma, ma tenterà di esplorare, attraverso la pluralità di voci e contributi, anche quella componente che è la vita stessa del diritto.

Prendiamo da qui le mosse per ‘varcare’ confini tra Stati e Continenti, ma non in ragione dell’analisi di un fenomeno diffuso quale la globalizzazione, piuttosto alla ricerca di un *paradigma* capace di generare e definire legami tra singoli e popoli. È soprattutto in questa dimensione che la *fraternità*, definita sul finire dell’800 «concetto positivo», rispetto alla valenza ‘negativa’ ascritta all’eguaglianza e libertà, può essere “ripensata” proprio a partire da quella fonte che la contiene: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo. Ineludibile diventa, quale cornice ad essa propria, la prospettiva internazionale, a cui fa eco l’indagine che, alla luce della Costituzione del 1988 della Repubblica federale del Brasile, ne verifica la valenza come «categoria giuridica» e ne promuove la ricerca anche alla luce dei diritti fondamentali e delle garanzie riconducibili all’essenza stessa della democrazia. È nel *Preambolo* della citata Costituzione che si evidenzia infatti l’obiettivo dell’Assemblea Nazionale Costituente di *istituire uno Stato Democratico, destinato ad assicurare l’esercizio dei diritti sociali e individuali, la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l’uguaglianza e la giustizia come valori supremi di una società fraterna*. Ma la *fraternità*, che nel suo innesto non può non trovare nelle voci dei diversi Autori un richiamo storico, quasi a riflettere per ognuno novità e *molteplicità* di contenuti, conosce in Brasile anche nuovi e ulteriori ambiti, in considerazione di quella «sostenibilità» che conduce alla protezione e inclusione dell’*altro*.

Così, le nuove domande poste dalla globalizzazione possono forse diventare per il giurista l’occasione inedita per intraprendere sentieri da percorrere e orizzonti per la ricerca. Lo spazio si fa inclusivo e come tale non elude il riferimento a quello che, nella storia degli ultimi due secoli, è apparso un *principio dimentito*

via l’immagine di un *diritto* dall’essenza controversa: la «positività», che ne costituisce il predicato in quanto diritto posto da uomini per altri uomini, ne segna, è vero, l’«umanità» ma al contempo altresì l’«artificialità» – così, N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. VII ss. (corsivi orig.).

Altra tuttavia la chiave di lettura che emerge dalle considerazioni svolte da A. KAUFMANN, *Riflessioni preliminari su di una logica ed ontologia giuridica delle relazioni. Fondazione di una teoria personalista del diritto*, in F. ROMEO, *Analoga. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Cedam, Padova, 1990, in part. p. XXIII ss. Prendendo le mosse dal diritto come «relazione», in quanto reciproco rapporto tra norma e caso concreto, l’autore ne ricerca il «fenomeno costruttivo», che abbia «carattere di relazione», e introduce «il problema [...] della *ontologia delle relazioni*», in quanto «problema della realtà», così p. XXIX. Diversamente, per una ‘rilettura’ del “diritto moderno” in una prospettiva, per così dire, ‘rovesciata’, nella quale sarebbe l’«autoreferenzialità», ovvero «l’autonomia del diritto ad insediare coattivamente nel mondo un “io formale” al posto dell’“io reale”», così da mutare e sviluppare le «relazioni reali» come «realmente formali», M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006, in part., p. 250 ss. e in via conclusiva, p. 292 ss.

cato: la *fraternità*, principio su cui interrogarsi, anche dinanzi a modelli di *common law*. Se la storia dunque, ed emergerà attraverso l'analisi delle Costituzioni francesi, ci consegna accanto ai fondamentali principi di libertà ed eguaglianza anche quello di fraternità, quest'ultimo non manca di interpellare il giurista rispetto a esigenze insopprimibili, quale la *giustizia*, e fondamenti ineludibili per lo Stato di diritto, quale la *legalità*.

L'*excursus*, che attraverso il *focus* su alcuni ordinamenti intende, nelle pagine che seguiranno, congiungere idealmente principi e codificazioni, tessuto normativo e sociale, può dare altresì evidenza alla componente "universale", che la *fraternità* custodisce in sé. Riemersa in un contesto laico, non se ne esclude al contempo la valenza religiosa, quasi a raffigurarla, in quanto *paradigma necessariamente relazionale*, quale "ponte" tra la pluralità delle culture nel mondo contemporaneo, alle quali offrire lo spazio di un dialogo possibile²¹.

Nell'oggi della storia, che pare "costringere" gli uomini a stabilire relazioni alle più varie latitudini, diventa quanto mai essenziale non solo una "chiave di lettura" che faccia anche del diritto un nuovo strumento della convivenza, ma si richiede altresì un paradigma capace di tradurre la "vita delle norme" in "norme di vita". Se così è, emerge come nessun ambito dell'ordinamento possa dirsi estraneo, e, ci permettiamo di sottolinearlo, neanche il diritto penale che segna nell'illecito la "patologia" del diritto stesso, chiamato a ripristinare, con la stigmatizzazione, la regola violata. Laddove la trasgressione della norma dà vita con l'offesa al rapporto *reo-vittima*, in una alterazione delle relazioni, ancor più significativo può diventare il senso di un percorso nel quale forse proprio la *fraternità* può acquistare una rinnovata attualità, nella ricerca di nuovi stili di vita nella convivenza. È l'attualità che ancor oggi vorremmo rileggere attingendo a Hannah Arendt: «Il passato si può ricordare, il futuro può essere immaginato, ma è nel presente, nel *qui e ora* che [...] si pensa e si agisce [...]. È nel presente che gli uomini si riuniscono e intrecciano relazioni, è nel *qui e ora* che l'uomo [...] decide di volta in volta la storia provocando nuovi eventi»²².

In un ideale "ponte" tra passato e presente, ci si potrebbe domandare: quale il senso della fraternità, e dove una sua possibile evidenza giuridica? La risposta

²¹ A margine della *fraternità* nella sua origine, portata e fondamento, cfr., oltre i contributi dello stesso curatore del volume A.M. BAGGIO (ed.), *Il principio dimenticato*, cit., p. 5 ss., anche A.M. BAGGIO, *La fraternità antagonista. L'interpretazione freudiana e la fondazione della società egualitaria e conflittuale*, in ID. (a cura di), *Caino e i suoi fratelli: il fondamento relazionale nella politica e nel diritto*, Città Nuova, Roma, 2012, p. 19 ss. Per sottolineare ulteriormente quanto enunciato in testo valga, in altra prospettiva, il rinvio a M.R. MANIERI, *Fraternità. Rilettura civile di un'idea che può cambiare il mondo*, Marsilio, Venezia, 2013, *passim*, ove in un'età segnata dal "vuoto", dal "crepuscolo del dovere" e dalla fine delle grandi narrazioni, l'autrice prospetta l'avvento della *fraternità civica*.

²² A. PAPA, *Nati per incominciare. Vita e politica in Hannah Arendt*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, p. 126.

può essere forse ricercata in considerazione di ciò che appartiene all'intera storia dell'umanità, a cominciare dalla *dignità* di ogni persona. La sua centralità, che si pone oggi come "vera" sfida alla globalizzazione, esprime un'*alterità* che pare non più misurabile unicamente sul *neminem laedere*, se è vero che la dignità esprime della persona la sua stessa costitutiva dimensione sociale e relazionale²³. Non si tratta allora tanto o solo di ridare attualità a un "principio", piuttosto è un'attesa di realizzazione che può trovare anche nelle relazioni giuridiche la capacità di orientare all'altro. La *libertà*, del resto, insita nella dignità, attende di realizzarsi in una pari opportunità per tutti, cominciando da quel *primo passo* che è il riconoscimento dell'*io* dell'altro, nella reciprocità di diritti e doveri; l'*eguaglianza* deve farsi *sostanziale*. E tutto ciò implica comportamenti *positivi* e *attivi*. Anche il diritto dunque può contribuirvi, se è vero che alla sua normatività si chiede di tradurre gli stessi principi di libertà ed eguaglianza in effettività e realizzazione piena. Ma altri paradigmi necessitano, tanto che anche il *Libro Bianco* sul «futuro del modello sociale» (elaborato in Italia nel maggio 2009 – Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali) introduce nell'articolato documento ministeriale il seguente titolo: *cultura del dono e condivisione nella reciprocità*.

Di più. La stessa *fraternità*, pur con le sue domande e i suoi percorsi tra oblio e rinnovata memoria, non è – si annota – «altra cosa rispetto al diritto, né assume le vesti di un altro diritto, ma ne è forse il cuore segreto, tanto più centrale quanto più la soluzione dei problemi appare legata a dimensioni planetarie»²⁴.

Il cammino, che nelle pagine che seguono si cercherà di tracciare, specie quando nella sua portata e complessità si volge al mondo nella pluralità delle sue componenti, è possibile solo se lo si percorre con altri. Convegni e Seminari

²³ Una recente ricerca, muovendo dalla domanda: "perché parlare di fraternità?", penetra di quest'ultima la possibile valenza nell'ordinamento per verificarne la portata come principio giuridico e delinearne il concetto: così, J.M. SOUVIRÓN MORENILLA, *Notas sobre la fraternidad como principio político y jurídico*, in *Sophia Ricerche su i fondamenti e la correlazione dei saperi*, n. 1/2015, pp. 44-75.

Nell'orizzonte della giustizia, si è invece prospettato un nuovo «paradigma antropologico [...] per il quale l'eguaglianza si converte in *fraternità*»: F. D'AGOSTINO, *Di che cosa parliamo, quando parliamo di giustizia*, in ID. (a cura di), *Valori giuridici fondamentali*, Aracne, Roma, 2010, p. 34 ss. Altra la prospettiva, come noto, che emerge dall'analisi di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, (Rev. Ed.), The Belknap Press of Harvard U. P., Cambridge, Massachusetts, 1999, in part. pp. 90-91, ove la "fraternità", nel contesto dei *Principles of Justice*, viene introdotta a margine del *difference principle*; nel merito, cfr. F. VIOLA, *La fraternità nel bene comune*, in *Persona y derecho*, 49/2003, p. 141 ss. e *ivi*, le conclusioni dell'autore «alle radici della fraternità» e nell'ottica di una complementarità della stessa rispetto all'eguaglianza.

Neanche l'economia peraltro pare sottrarsi a rinnovati rilievi sulla *fraternità*: cfr. L. BRUNI, *L'ethos del mercato. Un'introduzione ai fondamenti antropologici e relazionali dell'economia*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2010, ove già l'Introduzione ne reca nelle conclusioni l'*incipit*, quale «impresa tragica, ma decisiva».

²⁴ Così E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, (nuova ed.), 2005, p. V.

internazionali sul tema della presente indagine, forse per tanti “inconsueto”, hanno nel tempo dato vita a un “laboratorio” aperto al confronto e a un molteplice scambio di idee. A tutti, quali “compagni di viaggio”, la gratitudine per una ricerca condivisa, condotta negli anni e arricchita dal dialogo nei più vari contesti nazionali e internazionali.

Un “grazie” particolare al dott. Giovanni Caso, magistrato della Corte di Cassazione, e all’avv. Maria Giovanna Rigatelli per le tante occasioni di incontro e scambio reciproco nella condivisione di una riflessione giuridica non dimentica della prassi e soprattutto della vita, occasione anch’essa di esperienze fonte, a loro volta, di nuovi approfondimenti e ulteriori comprensioni.

IL PRINCIPIO DI *FRATERNITÉ*:
DALLE COSTITUZIONI FRANCESI
DEL PERIODO RIVOLUZIONARIO
ALLA COSTITUZIONE DELLA V REPUBBLICA

di *Fernanda Bruno**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Excursus* storico sulle carte costituzionali francesi del periodo rivoluzionario. – 3. Le costituzioni francesi del secondo dopoguerra. – 4. Il dibattito sulla natura giuridica del Preambolo. – 5. La *fraternité* e la giurisprudenza costituzionale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Paul Ardant, nella Prefazione al volume di Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, del 1993, scrive che «*la Déclaration des Droits de l'homme serait un manifeste de l'individualisme, avec sa charge d'égoïsmes et de jalousies, si elle n'était liée, tempérée, ennoblie, par l'idée de fraternité qui, pour ne pas figurer au texte, se révèle partout sous-jacente. La fraternité lui confère la dimension humaine, affective et sentimentale qui lui fait défaut. Les hommes sont libres et égaux car ils sont frères, la liberté et l'égalité ne peuvent s'épanouir que dans la fraternité, les Droits de l'homme et du citoyen rencontrent ici à la fois leur fondement, leur couronnement et leurs limites*»¹. Avverte poi che la solidarietà si è sostituita alla fraternità ma non l'ha eliminata e aggiunge che ogni progresso della solidarietà appare uno sviluppo della fraternità che rinasce come sorgente del diritto pubblico alla fine del XX secolo. Ardant termina notando che la fraternità sarebbe un bell'ideale per il terzo millennio².

Invero, negli ultimi anni, il dibattito su quello che è considerato “il principio dimenticato” della Rivoluzione francese si è sviluppato sia negli studi politologi-

* Già Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università “Sapienza” di Roma.

¹ M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. XI.

² V. già nel 1960 P. ARDANT, *Droit constitutionnel. Libertés publiques*, in R. DAVID (dir.), *Le Droit français*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 337 ss.

ci sia in quelli giuridici anche con riferimento alle nuove istanze della globalizzazione e dei rapporti giuridici nazionali e internazionali³ e in specie dei processi di internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione dei diritti umani⁴. Si è di fronte ad una espressione indubbiamente complessa, dal contenuto ampio – suscettibile di rivestire anche vari significati tanto da costituire una delle «*notions à contenu variable*»⁵ – e difficilmente ascrivibile in termini rigorosamente giuridici. La questione del valore giuridico del principio di *fraternité* ha infatti diviso e continua a dividere la dottrina francese e non solo.

La *fraternité* presente nei testi costituzionali francesi – da quelli rivoluzionari alla Carta costituzionale della V Repubblica – si rinviene anche in altre costituzioni soprattutto in quelle dei Paesi di area francofona, da Haiti alla Guinea equatoriale, dall'Algeria al Benin, al Cameroun⁶. Talora questo principio è enunciato direttamente, vuoi nei Preamboli vuoi negli articoli del testo costituzionale, altre volte, invece, è espresso indirettamente in principi ad esso collegati, come ad es. solidarietà⁷, dignità umana, e spesso anche con riferimento ai

³ V. in particolare A.M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Città Nuova, Roma, 2007; ID. (a cura di), *Caino e i suoi fratelli. Il fondamento relazionale nella politica e nel diritto*, Città Nuova, Roma, 2012, cui si rinvia per altra bibliografia italiana e straniera sull'argomento.

⁴ Sul punto v. fra gli altri M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005; A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, Regionalizzazione, Specificazione*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁵ V. C. PERELMAN, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit – Au-delà du positivisme juridique*, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 132.

⁶ AA.VV., *La Révolution française et Haiti*, I, Henri Deschamps, Port au Prince, 1995. V. anche il *Rapport de la Cour de Cassation de Haiti*, nel corso del 3^{ème} Congrès dell'ACCPUF (*Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage des Français*), p. 353 ss., in www.accpuf.org.

Per un quadro d'insieme si veda il Rapporto di M.D. RAKOTONDRABAO, *Le principe de fraternité dans les Constitutions*, *ivi*, p. 651 ss.

Con riferimento specifico alla nuova Costituzione del Marocco è da notare che nel preambolo si afferma la volontà «*de raffermir les liens de fraternité, de coopération, de solidarité et de partenariat constructif avec les autres États*». Inoltre il Regno del Marocco si impegna ad «*approfondir les liens d'appartenance à la Oumma arabe et islamique, et renfoncer les liens de fraternité et de solidarité avec ses peuples frères*». Sul punto v. B. MATHIEU, *Les droits fondamentaux: un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine*, in *La Constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 229 ss., il quale sottolinea che il diritto alla solidarietà, «*en tant que principe matriciel, peut également fonder d'autres droits*», p. 250.

Per alcune riflessioni critiche sulla Costituzione del Marocco del 29 luglio 2011 v. O. BENDOUROU, *La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011: le changement entre mythe et réalité*, in *Rev. dr. public*, 2012, p. 639 ss.; B. BERNOUSSI, *La Constitution marocaine du 29 juillet 2011: entre continuité et ruptures*, *ivi*, p. 663 ss.; M. TOUZEIL-DIVINA, *Un rendez-vous constituant manqué? Où fleuriront au Maroc le jasmin et la fleur d'oranger ?*, *ivi*, p. 687 ss.

⁷ Sulla fraternità come concetto precursore della solidarietà cfr. R. ZOLL, *La solidarietà. Egua-*

documenti internazionali e sovranazionali, quale ad es. la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli⁸.

Occorre inoltre sottolineare che anche la Dichiarazione universale dei diritti umani approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 contiene nell'art. 1 un esplicito riferimento allo «spirito di fratellanza»⁹.

Certo la vicenda storica del principio di fraternità ha conosciuto momenti di eclisse, tuttavia la sua permanenza e in specie il suo attuale riemergere, nelle diverse manifestazioni nelle quali si esprime, soprattutto con riferimento ai c.d. nuovi diritti¹⁰ e a una nuova rappresentazione del rapporto individuo-società e del legame società civile-società politica, esige una riflessione seppure solo interlocutoria data l'economia del lavoro.

gianza e differenza, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 35-53; S. GIUPPONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, n. 4, 2012, p. 525 ss.

Sull'idea di solidarietà v. M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2012.

Sul rapporto fra solidarietà e fraternità v. le osservazioni di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 20-30.

⁸ Sulla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli v. A. BADARA FALL, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: entre universalisme et régionalisme*, in *Pouvoirs*, n. 129, 2009, p. 77 ss.

Sulla concezione anti-individualistica delle libertà nei Paesi africani v. fra l'altro le osservazioni di P.F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, L.G.D.J., Paris, 1978, pp. 224-227.

Nella Introduzione generale al Convegno dell'*Association des Courts Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage des Français (ACCPUF)*, cit., il Presidente della Corte costituzionale d'Algeria M. Bedjaoui ricorda che il Presidente francese P. Cot in una Conferenza aveva sottolineato: «*La Révolution française de 1789 a inventé le mot "citoyen", la Révolution russe de 1917 celui de "camarade", mais la Révolution algérienne de 1954 celui de "frère"*»! E più in là riguardo alla fraternità in Africa spiega: «*Dans ce continent où la culture orale est plus présente que celle de l'écrit, la fraternité est liée à la quintessence de la nature humaine. Pour nous Africains, qui sommes organisés en sociétés de traditions communautaires très fortes, le plus grand prix est attaché plus à la satisfaction des droits collectifs qu'à celle des libertés individuelles et l'individu est peu de chose dans le groupe social, comme en témoigne le dialogue suivant engagé au cours d'une cérémonie d'initiation d'un jeune Mandingue:*

«— *Qui es-tu ? lui demande son initiateur.*

— *Je suis terre et eau, répond-il, je suis terre et eau, plus quelque chose que je dois transmettre, quelque chose qui me lie à ceux d'hier, à ceux d'aujourd'hui, à ceux de demain...*

— *Qui es-tu ? lui répète son initiateur.*

— *Je ne suis rien sans toi, répond-il. Je ne suis rien sans eux. En arrivant, j'étais dans leurs mains. Ils étaient là pour m'accueillir. En m'en allant, je serai dans leurs mains. Ils seront là pour me reconduire*» (p. 14).

⁹ L'art. 1 così recita: «Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

Sul processo costituente che ha portato all'approvazione della Dichiarazione universale si veda R. CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme*, Sirey, Paris, 1951; P. DE LA CHAPPELLE, *La Déclaration universelle des droits de l'homme et le catholicisme*, L.G.D.J., Paris, 1967, il quale rimarca che «*L'unité originelle des hommes appelle indirectement la question d'une paternité originelle même si sa reconnaissance fût maintes fois explicitement refusée dans la suite des débats*» (pp. 86-87).

¹⁰ Per un quadro sintetico delle fasi evolutive dei diritti dell'uomo v. L. MEZZETTI, *Storia dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 3-59.

In questa sede, prenderò in esame i testi costituzionali francesi, la dottrina francese e la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* in materia cercando di individuare le piste percorse anche di fronte alle nuove, molteplici sfide dell'attuale contesto internazionale e sovranazionale.

2. Excursus storico sulle carte costituzionali francesi del periodo rivoluzionario

Già nel 1789 il *sens de la fraternité* degli uomini rientra negli ideali dei rivoluzionari anche se con valenza politica. È sufficiente ricordare che, nel giugno 1789, quando il Terzo Stato si proclama Assemblea Nazionale, Mirabeau, riconoscendo la fraternità universale, afferma: «*la fraternité est de devoir parmi tous les hommes*»¹¹. E vi è anche chi chiede di includere nel progetto della Dichiarazione dei diritti che «*tous les hommes sont frères; qu'ils sont obligés à s'aimer les uns les autres; que nul homme n'est étranger à un autre homme; qu'ils doivent se secourir mutuellement et se procurer entr'eux tous les avantages qui sont en leur pouvoir*»¹². Del resto non mancano interventi contro la guerra d'aggressione e a favore della pace universale nel corso dei famosi dibattiti svoltisi nel maggio del 1790 sulla democratizzazione della politica estera¹³.

Un esplicito riferimento al consolidamento della fraternità per i cittadini francesi si trova nel titolo I della Costituzione del 1791 riguardo alle feste nazionali: «*Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux Lois*»¹⁴. Si rinviene poi il richiamo alla fraternità universa-

¹¹ A.P., séance du 26 juin 1789, 159, t. 8, in M. BORGETTO, *op. cit.*, p. 54.

Sui vari contenuti attribuiti alla *fraternité* v. M. DAVID, *Fraternité et Révolution française 1789-1799*, Aubier, Paris, 1987.

Sulla nozione della *fraternité* nel 1793, secondo i giacobini, si rinvia ancora a M. BORGETTO, *op. cit.*, pp. 69-78.

¹² V. M. BORGETTO, *op. cit.*, p. 148, nota 5.

¹³ V. B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *La technique parlementaire des relations internationales*, Académie de droit International, Recueil Sirey, Paris, 1933, tomo 45, p. 684, il quale sottolinea che «*historiquement le problème de la renonciation constitutionnelle à la guerre est lié au problème de la procédure constitutionnelle de la déclaration de guerre. C'est la Révolution française qui a posé pour la première fois le problème de la renonciation constitutionnelle à la guerre dans toute son ampleur juridique*». V. anche ampiamente ID., *Droit constitutionnel international*, Recueil Sirey, Paris, 1933.

¹⁴ Particolare interesse riveste lo studio di F.A. AULARD, *La Devise «Liberté, Egalité, Fraternité»*, in *Études et leçons sur la Révolution française*, F. Alcan, Paris, 1910.

Sul rapporto tra la Dichiarazione del 1789 e il Titolo I della Costituzione del 1791 v. le considerazioni di J.-P. DUBOIS, *Déclaration des droits et dispositions fondamentales*, in AA.VV., *1791 La première Constitution française*, Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1791, Economica, Paris, 1993, p. 43 ss.

le vuoi nel *Décret du 19 novembre 1792* con cui la Convenzione nazionale «*promet secours et fraternité à tous les peuples qui voudront recouvrer la liberté*»¹⁵ vuoi nel corso del dibattito costituzionale del 1792-93¹⁶. Inoltre nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che precede la Costituzione giacobina, ricca di istanze sociali, si fa esplicito riferimento al precetto biblico “*Non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te*”¹⁷ che sarà ribadito ed integrato anche nella Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell'uomo e del cittadino dell'anno III (1795): «*Tutti i doveri dell'uomo e del cittadino derivano da questi due principi, dalla natura impressi in tutti i cuori: “Non fate agli altri ciò che non vorreste fosse fatto a voi. Fate costantemente agli altri il bene che voi vorreste ricevere”*» (art. 2)¹⁸.

Quantunque l'influenza esercitata dalla nozione di fraternità sul diritto pubblico francese nel periodo rivoluzionario sia innegabile¹⁹, tuttavia è solo nella Costituzione del 4 novembre 1848, dopo un lungo periodo di silenzio²⁰, che la *fraternité* viene consacrata accanto alla *liberté* e alla *égalité* come principio fondante la Repubblica e poi richiamata in varie disposizioni del Preambolo²¹. Se i

In argomento v. recentemente I. ANSELME, *L'invocation de la Déclaration des droits de l'homme et de la Constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, Préface de J.L. MESTRE, L.G.D.J., Paris, 2013.

¹⁵ V. J. BASDEVANT, *La Révolution française et le droit de la guerre continental*, Paris, Librairie de la société du Recueil général des lois et des arrêts, 1901.

¹⁶ V. ad es. il discorso pronunciato da Robespierre nell'aprile 1793 in occasione della votazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, in M. PERTUE, *Le projet de déclaration des droits de l'homme et de citoyen de Maximilian Robespierre*, in AA.VV., *Les droits de l'homme et la conquête des libertés*, P.U. de Grenoble, 1988, p. 95 ss.

In particolare sullo «*jacobinisme*» v. J. BOUDON, *Les Jacobins Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Préface de F. BLUCHE, L.G.D.J., Paris, 2006.

¹⁷ Art. 6: «*La libertà è il potere che appartiene all'uomo di fare tutto ciò che non nuoce ai diritti degli altri; essa ha per principio la natura, per regola la giustizia, per salvaguardia la legge; il suo limite morale è in questa massima: “Non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te”*».

¹⁸ Sottolinea che «*La déclaration de 1795 est très en retrait sur celle de 1793, et même sur celle de 1789*» J. GODECHOT, *Les droits de l'homme et la Révolution française*, in AA.VV., *Diritto e potere nella Storia europea*, Atti in onore di B. Paradisi, Leo S. Olschki ed., Firenze, 1982, p. 987.

¹⁹ Sulla fraternità come *mythe fondateur du droit public révolutionnaire* v. ancora M. BORGETTO, *op. cit.*, p. 15 ss.

²⁰ Non è da dimenticare che un accenno alla fraternità, al fine di evitare sconvolgimenti interni, si trova nel preambolo della Costituzione del 1814 («*Le vœu le plus cher à notre cœur, c'est que tous les Français vivent en frères...*»), tuttavia i principi del regno di Luigi XVIII e di Carlo X sono ben diversi da quelli del 1789. In argomento v. lo studio di M. BARBE, *Étude historique des idées sur la souveraineté en France de 1815 à 1848*, L.G.D.J., Paris, 1904.

²¹ «*Elle (La République) a pour principe la Liberté, l'Égalité, la Fraternité*» (par. 4).

Sul punto v. M.H. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1984, il quale scrive: «*C'est la fraternité républicaine qui fait l'emporter une conception relative et modérée de la liberté et de l'égalité et permet leur coexistence dans la démocratie politiques*» (p. 318).

testi del 1791 e del 1793 si qualificano rispettivamente l'uno per la *liberté* e l'altro per l'*égalité*, la Carta del 1848 è considerata la *constitution de la fraternité*²². Infatti nonostante che la formulazione finale sia lontana dalle posizioni adottate nei primi progetti presentati dopo le giornate della rivoluzione di febbraio, comunque permangono disposizioni che, alla luce della *fraternité* strettamente collegata alla *liberté* e alla *égalité*, prevedono pur con formule vaghe doveri dei cittadini verso la Repubblica²³ e della Repubblica nei confronti dei cittadini²⁴: vi è una riaffermazione e un rinnovamento dei principi del 1789 e, sebbene con limiti, si rinvergono accenni nei vari discorsi dei costituenti alla *fraternité humaine et universelle*²⁵ e in specie ai *peuples frères*.

Durante la terza Repubblica, poi, malgrado la mancanza di una Dichiarazione dei diritti e di un riferimento alla fraternità nelle leggi costituzionali del 1875, dopo la vittoria dei repubblicani nel 1879 è di nuovo adottata la *devise officielle* «*Liberté, Égalité, Fraternité*», in occasione della celebrazione del 14 luglio 1880²⁶, e,

Sui diversi significati dei principi di libertà, eguaglianza e fraternità nei documenti della Rivoluzione francese e sulle relazioni fra essi v. A. MARTINELLI, *I principi della Rivoluzione francese e la società moderna*, in A. MARTINELLI-M. SALVATI-S. VECA, *Progetto 89. Tre saggi su libertà, eguaglianza, fraternità*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 57 ss.

²² Sulla *fraternité* nella Rivoluzione del 1848 v. l'interessante opera di M. DAVID, *Le printemps de la fraternité. Genèse et vicissitudes 1830-1851*, Aubier, Paris, 1992.

Sui due progetti preparatori della Costituzione della II Repubblica e sui motivi che hanno portato alla stesura del Preambolo v. accuratamente A. COUTANT, *De la valeur d'un texte introductif: la Constitution française de 1848 et son Préambule*, in *Rev. fr. droit const.*, 2011, n. 4, p. 681 ss.

Sul progetto di Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell'uomo e del cittadino redatto da Charles Renouvier che conteneva un paragrafo intitolato *De la Fraternité* ove si contemplava anche il diritto al lavoro e il diritto all'istruzione v. C. RENOUVIER, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Colin, Paris, 1904, p. 301 ss.

Sulla Costituzione del 1848 v. fra gli altri: F. LUCHAIRE, *Naissance d'une Constitution: 1848*, Fayard, Paris, 1998; P. VIGIER, *1848, les Français et la République*, Hachette, Paris, 1998. Per cenni storici v. M. AGULHON, *1848 ou l'apprentissage de la République, 1848-1852*, Ed. du Seuil, Paris, 1973; I. MURAT, *La Deuxième République*, Fayard, Paris, 1987.

I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria sulla Fraternità conflittuale: come se fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011, p. 38, nota «Se gli eventi rivoluzionari della prima metà dell'Ottocento sono stati visti come la "primavera dei popoli", essi sono stati parallelamente considerati come la "primavera della fraternità"».

²³ «*Les citoyens (...) doivent concourir au bien-être commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres*» (par. 7).

²⁴ «*La République (...) doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessaires, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler*» (par. 8).

²⁵ In argomento, con riferimento alle differenze fra giacobini e girondini, si veda fra gli altri M. BELISSA, *Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795)*, Ed. Kimé, Paris, 1998.

²⁶ Sulla formazione di questa *devise* v. M. BORGETTO, *La Devise «Liberté, Égalité, Fraternité»*, PUF, Paris, 1997, p. 12 ss.

come si vedrà più avanti, la fraternità sarà ben presente nei dibattiti svoltisi in quegli anni in sede politica e in sede dottrinale.

3. Le costituzioni francesi del secondo dopoguerra

Riguardo alle costituzioni francesi del secondo dopoguerra è da notare che, dopo il tentativo della prima Assemblea costituente del 1945 di approvare una nuova Dichiarazione dei diritti fondamentali e delle libertà riferentesi ai principi del 1789, del 1793, del 1795 e del 1848²⁷, il testo del 1946, entrato in vigore in seguito ad una laboriosa gestazione²⁸, è preceduto da un Preambolo, ove si fa esplicito riferimento alla Dichiarazione dei diritti del 1789, ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica ed infine ai principi politici, economici e sociali «*particulièrement nécessaires à notre temps*»²⁹. Il Preambolo del 1946 con la sua ispirazione sociale aveva l'ambizione «*de reconstruire la République et de rendre la société plus juste et plus solidaire*»³⁰. Nel Titolo I, poi, l'art. 2 così recitava: «*La devise de la République française est: Liberté, Égalité, Fraternité*».

Come è noto la IV Repubblica ha avuto una vita breve e tormentata anche per la crisi verificatasi nelle colonie tanto che proprio la guerra di Algeria porterà al cambiamento delle istituzioni voluto dal Generale De Gaulle quando venne chiamato dal Presidente della Repubblica René Coty a ricoprire la carica di Presidente del Consiglio nel giugno del 1958³¹.

È da ricordare che dopo la disfatta militare del 1940, durante il regime di Vichy, il maresciallo Petain decise di sostituire la *devise* républicaine con una *devise* inedita nella storia costituzionale francese: «*Travail, Famille, Patrie*».

²⁷ Sottolinea che il progetto di Dichiarazione del 1945 «*faisait ainsi de la liberté une tradition exclusivement républicaine, ce qui était un peu restrictif dans la mesure où l'incorporation des libertés au "droit public des français" a dépassé les seules Républiques et s'était vérifiée sous la Restauration et sous l'Empire*» J. RIVERO, *Les libertés*, in AA.VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Economica, Paris, 1990, p. 157.

²⁸ Sul punto v. U. DE SIERVO, *Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia*, in ID. (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 293 ss., e P. PICCIACCHIA, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, Giuffrè, Milano, 1998.

²⁹ Su questo Preambolo cfr. R. PELLOUX, *Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Rev. dr. public*, 1947, p. 347 ss.; J. RIVERO-G. VEDEL, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le préambule*, in *Droit Social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35, ora in A. DE LAUBADERE-A. MATHIOT-J. RIVERO-G. VEDEL, *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 93 ss.

Sull'orientamento sociale del Preambolo v. le osservazioni di V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Préface de L. FAVOREU, Economica, Paris, 2003, p. 60 ss.

³⁰ V. G. CONAC, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Une genèse difficile, un itinéraire imprévu*, in G. CONAC-X. PRETOT-G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, Paris, 2001, p. 4.

³¹ Si consultino i volumi pubblicati dalla *Documentation française* nel 1987, 1988, 1991, 2002,

Per quanto attiene poi al vigente testo costituzionale della V Repubblica occorre rimarcare che la fraternità è formalmente invocata nel Preambolo³² – considerato da alcuni *préambule-croupion* o *préambule de références*³³ – che si riferisce espressamente alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e al Preambolo del 1946. Infatti, i costituenti erano preoccupati soprattutto di rinforzare le istituzioni al fine di evitare la forte instabilità governativa che aveva caratterizzato la vita della IV Repubblica. Pertanto l'*alinéa 1er* del Preambolo della Costituzione del 1958 recita: «*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*», rinviando dunque espressamente ai principi ivi iscritti e dunque anche ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica³⁴. Inoltre, in base all'*alinéa 2*, «*En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique*». Similmente al testo costituzionale del 1946, l'art. 2, Titolo I (*De la souveraineté*), statuisce: «*La devise de la République française est: "Liberté, Égalité, Fraternité"*»³⁵. E, dopo la legge di revisione costituzionale n. 2003-276 del 28 marzo 2003 relativa all'organizzazione decentralizzata della Repubblica³⁶, l'art. 72-3, Titolo XII (*Des collectivités territo-*

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. In argomento v. anche D. MAUS-L. FAVOREU-J.L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Actes du Colloque du XXX Anniversaire, Economica, Paris, 1992.

Per il pensiero di Charles De Gaulle, v. J.L. DEBRE, *Les idées constitutionnelles du Général De Gaulle*, L.G.D.J., Paris, 1974.

³² Sul Preambolo del 1958 v. B. GENEVOIS, *Le Préambule et les droits fondamentaux*, in D. MAUS-L. FAVOREU-J.L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, cit., pp. 483-498. In particolare sulla Dichiarazione dei diritti del 1789 e il testo costituzionale del 1958 v. G. BAÇOT, *La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958*, in *Rev. dr. public*, 1989, p. 685 ss. In argomento v. anche P. DELVAUX, *Analyse lexicale des débats de la constituante sur la Déclaration des droits de l'homme*, in *Droits*, n. 2, 1985, p. 23.

³³ Così P. Coste-Floret nel corso dei lavori del Comitato consultivo costituzionale (in B. GENEVOIS, *Le Préambule et les droits fondamentaux*, cit., p. 485).

³⁴ Sul significato e sul valore giuridico dei «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica» v. ampiamente V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Préface de M. TROPER, Economica, Paris, 2001.

³⁵ M.H. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, cit., p. 73, scrive: «*Telle ses devancières, la V République reste un régime de fraternité, une tentative de synthèse entre des idéologies toujours différentes, souvent contradictoires dans leur principe et dans les techniques qui en sortent, les idéologies de liberté et d'égalité*».

³⁶ Su questa riforma v. Y. GAUDEMET-O. GOHIN (dir.), *La République décentralisée*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2004.

riales), sancisce: «La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'Outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité»³⁷.

4. Il dibattito sulla natura giuridica del Preambolo

Se la *fraternité* è presente nei testi costituzionali della Francia, quale la sua effettiva portata? Si tratta di una mera formula filosofica o piuttosto di un principio giuridico?³⁸

Ma *in primis* quale il valore giuridico dei Preamboli? Invero se in tutti gli Stati si sono abbandonate le Dichiarazioni dei diritti distinte dai testi costituzionali e si sono inserite nelle stesse costituzioni precise norme per la garanzia dei diritti al fine di non sollevare dubbi sulla precettività delle disposizioni, in Francia, invece, dalla prima Costituzione a quella attuale (salvo alcune eccezioni), si è fatto esplicito riferimento ai diritti o nei Preamboli o in Dichiarazioni che precedono la Costituzione³⁹.

³⁷ Sull'art. 72-3 v. F. LUCHAIRE, in F. LUCHAIRE-G. CONAC-X. PRETOT (dir.), *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 2009, pp. 1741-1744.

Sul riferimento testuale alla *fraternité* v. le considerazioni del *Rapport du Conseil Constitutionnel français*, nel corso del 3^{ème} Congrès dell'ACCPUF, cit., «ce qui, en d'autres termes, signifie que cette dernière avait vocation à régir les relations entre le peuple français et les peuples d'États devenus indépendants mais demeurant néanmoins reliés à la République par leur appartenance à la Communauté. Et ensuite parce qu'elle implique, dans la mesure où certains territoires d'Outre-mer choisirent de conserver leur statut et où, surtout, cette référence textuelle à la fraternité n'a pas été abrogée et demeure donc toujours en vigueur, que cette dernière a toujours vocation, aujourd'hui, à caractériser les institutions reliant la France métropolitaine aux territoires d'Outre-mer actuels» (p. 252).

³⁸ L'introduzione generale del III Congresso dell'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), svoltosi ad Ottawa nel giugno 2003, aveva questo titolo: *La «fraternité», concept moral ou principe juridique?* (v. M. BEDJAOUI, *Introduction générale*, p. 10 ss., in www.accpuf.org).

Sulla problematica v. già G. JÈZE, *La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre*, in *Rev. dr. public*, 1915, pp. 26-27, per il quale «Les principes d'égalité et de fraternité (...) sont à la base du droit public français du XX^{ème} siècle». V. anche ID., *Valeur juridique des Déclarations des droits et des garanties des droits*, in *Rev. dr. public*, 1913, p. 685 ss.

Sulla *fraternité* come obbligo morale v. M. OZOUF, *Fraternité*, in F. FURET-M. OZOUF (a cura di), *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, Bompiani, Milano, 1988, p. 657. Per una diversa opinione v. però ancora M. OZOUF, *L'homme régénéré*, Gallimard, Paris, 1989, pp. 181-182.

³⁹ Sui periodi di continuità costituzionale delle libertà nella storia della Francia v. J. RIVERO, *Les libertés*, in AA.VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, cit., p. 153 ss.

Sul rapporto tra Preambolo e Dichiarazione dei diritti v. *Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La Documentation française, 2008, p. 9, in cui si rimarca che il Preambolo, nella sua specificità francese, «peut être davantage qu'une introduction à la loi fondamentale: ce peut être aussi un texte en soi, qui énonce les principes et les droits des personnes. Préambule se confond plus ou moins, alors, avec Déclaration des droits».

Già nel 1789 non sono mancate distinzioni fra *droits naturels comme principes* e *droits positifs, directement applicables* e tra un testo filosofico e un testo giuridico⁴⁰; soprattutto poi durante la terza Repubblica (la c.d. Repubblica dei giuristi)⁴¹ è stato molto acceso il dibattito sulla natura dei Preamboli e delle Dichiarazioni dei diritti, sul loro valore giuridico e sulla forza giuridica delle disposizioni ivi incluse⁴². Alcuni sostenevano che i Preamboli e le Dichiarazioni dei diritti non comportavano regole di diritto ma esclusivamente principi: ad esempio, per Carré de Malberg, la Dichiarazione è solamente *une déclaration de principes* che non formula *règles juridiques*, applicabili da un giudice⁴³, e per Esmein, «*les garanties des droits sont tout autre chose que les déclarations*»⁴⁴. Altri invece sottolineavano il valore giuridico del Preambolo e della Dichiarazione: per Léon Duguit, ad esempio, le Dichiarazioni dei diritti non sono semplici formule dogmatiche o enunciati teorici e in specie la Dichiarazione del 1789 «*était le pacte social de la société nouvelle*» ed è «*une loi véritable, supérieure aux lois ordinaires, supérieures même ... à la loi constitutionnelle*»⁴⁵; e Maurice Hauriou, dopo aver scritto che la *déclaration des droits est le texte constitutionnel de la constitution sociale*, precisava che la *fraternité* «*est une sorte de correctif des deux principes de l'égalité et de la liberté individuelle*»⁴⁶.

Anche il Preambolo della Costituzione della IV Repubblica è stato oggetto di accese discussioni: alcuni ritenevano che avesse solo il valore indicativo di prin-

⁴⁰ V. *Orateurs de la Révolution française*, vol. I, *Les constituants*, Gallimard, Pléiade, 1989.

⁴¹ Alla *République des juristes* succede la *République sans maîtres*. Sul punto v. Y.H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, PUF, Paris, 1970.

⁴² Sottolineano «*l'extrême variété et les profondes transformations des cultures juridiques qui ont elles-mêmes accompagné les évolutions complexes de l'ordre juridique français*» F. AUDREN-J.L. HALPERIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éd., Paris, 2013, p. 14.

⁴³ V. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Libr. R. Sirey, Paris, 1922, p. 581. A suo avviso le Dichiarazioni dell'epoca rivoluzionaria, in particolare quella del 1789, consistono in «*maximes abstraites ou axiomes théoriques, qui attendaient leur mise en oeuvre des textes constitutionnels ou législatifs à venir et qui par eux-mêmes demeuraient, au point de vue pratique du droit, dénués de sanction*».

Sulla complessità e sulla profondità del pensiero di Carré de Malberg v. l'interessante, ampio saggio di M. GALIZIA, *Il «positivisme» juridique di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, pp. 335-509.

⁴⁴ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. I, Rec. Sirey, Paris, 1927, p. 596.

⁴⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, E. de Boccardo, Paris, 1930, p. 607.

⁴⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 643.

Per una comparazione del metodo e delle idee di Léon Duguit e di Maurice Hauriou v., per tutti, lo scritto di A. DE LAUBADERE, *Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit*, in *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, pp. 209-228, ora in AA.VV., *Pages de doctrine*, cit., p. 11 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

cipi; altri affermavano che occorresse fare una distinzione tra le disposizioni che potevano essere oggetto di una applicazione diretta e quelle che contenevano principi filosofici e che non potevano costituire oggetto di applicazione giurisdizionale⁴⁷. In particolare George Vedel sosteneva il valore giuridico del Preambolo in quanto «*fait partie intégrante de la Constitution et a, au minimum, une valeur juridique égale à celle-ci*», salvo quelle parti che non potevano essere collegate a prescrizioni sufficientemente rigorose per essere considerate vere regole di diritto⁴⁸. Secondo M. Prélot, invece, «*le Préambule n'a, vis-à-vis du législateur, pas d'autre autorité que morale*»⁴⁹.

Nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa, poi, la Dichiarazione dei diritti era considerata come un insieme di regole «*juridiquement obligatoires mais ne s'imposant pas à la loi*», la sua violazione «*était certes sanctionnée, mais seulement lorsque celle-ci résultait d'un acte administratif et non d'une loi*»⁵⁰.

Successivamente è il Preambolo della Costituzione del 1958 – costituito, come si è notato precedentemente, dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 e dal Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946, oltre che, a partire dal 2005, dalla Carta dell'Ambiente – a suscitare un animato dibattito, già cominciato nel corso dei lavori del *Comité consultatif constitutionnel*⁵¹. Tuttavia, nella ormai famosa sentenza del 1971 *Liberté d'association* (*Décision du 16 juillet 1971, n. 71-44 DC*)⁵², il *Conseil* ha posto fine alle discussioni riconoscendo il valore costituzionale del Preambolo. E come emerge da successive sentenze la Dichiarazione del 1789 (*27 décembre 1973, n. 51-DC*), il Preambolo del 1946 e la Carta dell'Ambiente del 2004 rientrano nel *bloc de constitutionnalité*⁵³.

⁴⁷ V. L. PHILIP, *La valeur juridique du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in *Mélanges Pelloux*, L'Hermès, Lyon, 1980, p. 265 ss.

⁴⁸ G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 326.

⁴⁹ M. PRELOT, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1948, p. 335.

Cfr. anche G. MORANGE, *La valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits*, in *Rev. dr. public*, 1945, p. 243 ss.; C.A. COLLIARD, *Précis de droit public. Les Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1950, pp. 98-100.

⁵⁰ Così *Redécouvrir le Préambule de la Constitution, Rapport du Comité présidé par Simone Veil*, cit., 9. Sul punto v. anche V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, Paris, 2001, pp. 145-149.

⁵¹ V. B. GENEVOIS, *Le Préambule et les droits fondamentaux*, cit., pp. 492-498, il quale sottolinea che «*le constituant de 1958 n'a pas posé d'obstacle formel à toute évolution vers la garantie constitutionnelle des droits et libertés*» (p. 496).

In argomento v. anche G. BURDEAU, *Traité de science politique*, III ed., t. IV, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 110-131.

⁵² V. JO du 18 juillet 1971, p. 7114. Si ricordi anche la decisione del 19 giugno 1970, n. 70-39 DC, in JO du 21 juin 1970, p. 5806.

⁵³ Sulla decisione del 16 luglio 1971 e su quella del 28 novembre 1973 v. J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, Paris, 1987, pp. 9-44.

Inoltre il *Conseil* ha individuato, attraverso la sua giurisprudenza, traendoli dalla premessa del Preambolo del 1946, i principi à *valeur constitutionnelle*, tra i quali la salvaguardia della dignità della persona umana *contre toute forme d'asserviment et de dégradation* (Déc. n. 94-343/344 DC du 27 juillet 1994)⁵⁴, e si è anche preoccupato di vigilare sulla protezione degli *objectifs de valeur constitutionnelle*, cioè principi che trovano indirettamente il loro fondamento nella Costituzione quali ad es. *il primato della persona umana, la salvaguardia dell'ordine pubblico, il rispetto delle libertà altrui*⁵⁵.

Merita rimarcare che sebbene il *Conseil* distingue tra *principes* che formulano *propositions générales* e *règles* che contengono *dispositions précises*, nondimeno attribuisce ad entrambi *valeur constitutionnelle*⁵⁶.

È anche da tener presente che il Comitato di riflessione sul preambolo della Costituzione, presieduto da Simone Veil, istituito dal Presidente della Repubblica Nicolas Sarkozy nell'aprile 2008, incaricato «*d'étudier si et dans quelle mesure les droits fondamentaux reconnus par la Constitution doivent être complétés par des principes nouveaux*»⁵⁷, non ha ritenuto «*ni souhaitable, ni utile*» proporre modifiche e integrazioni del Preambolo, rispettando l'eredità costituzionale

Sulla nozione *bloc de constitutionnalité* v. L. FAVOREU, *Bloc de constitutionnalité*, in O. DUHAMEL-Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 87.

In particolare sull'applicazione della Dichiarazione dei diritti del 1789 da parte del *Conseil* cfr.: B. JEANNEAU, «*Juridicisation*» et actualisation de la Déclaration des droits de 1789, in *Rev. dr. public*, 1989, p. 635 ss.; H. OBENDORFF, *A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789*, *ivi*, p. 665 ss.; G. BACOT, *La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958*, *ivi*, p. 685 ss.

Sulla continuità della Dichiarazione del 1789 nelle varie fasi dell'esperienza costituzionale francese v. le osservazioni di J. RIVERO, *Les libertés*, in AA.VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, cit., p. 153 ss.

Sul valore giuridico dei Preamboli del 1946 e del 1958 e della Dichiarazione del 1789 secondo la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* v. anche J. CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 774-780, il quale rimarca il ruolo crescente delle Dichiarazioni dei diritti in tutti i Paesi dopo la seconda guerra mondiale.

Sul Preambolo della Cost. francese 1958 e in specie sulla sua giuridicità v. sinteticamente F. HAMON, *Préambule*, in F. LUCHAIRE-G. CONAC-X. PRETOT, *La Constitution de la République française*, cit., p. 103 ss.

Sulla Carta dell'Ambiente v. N. CHAHID-NOURAÏ, *La portée de la Charte pour le juge ordinaire*, in *AJDA*, 2005, p. 1175 ss. Sul valore costituzionale della Carta dell'Ambiente nella giurisprudenza del *Conseil* v. fra le altre la Déc. 2009-599 DC.

⁵⁴ V. JORF, 29 Juillet 1994, 11024.

⁵⁵ Sul dibattito dottrinale e sulla giurisprudenza relativa alla categoria degli *objectifs de valeur constitutionnelle* v. ampiamente P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006.

⁵⁶ V. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préface de G. VEDEL, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 124-125.

⁵⁷ Così la *lettre de mission* del Presidente della Repubblica Nicolas Sarkozy. Per la composizione del Comitato v. il decreto di nomina del 9 aprile 2008 n. 2008-328.

francese che riposa «*tout à la fois et indissolublement sur les teste fondateurs et sur la jurisprudence qui en est issue*»⁵⁸.

Invero già precedentemente, il 20 dicembre 1975, era stata istituita una *commission spécial des libertés*, presieduta da Edgar Faure, che a conclusione dei suoi lavori aveva redatto una proposta di legge costituzionale sulle libertà e i diritti dell'uomo composta di *trois titres: fraternité, égalité, liberté*. Questo progetto prendeva in esame, fra l'altro, *le droit à la différence et l'égalité des chances*, nonché il principio di *dignité*⁵⁹.

Proprio con riferimento alla dignità della persona umana occorre notare che nella succitata decisione n. 94-343/344 DC du 27 juillet 1994⁶⁰, il *Conseil*, dopo aver ricordato che questo principio era presente nel progetto della Dichiarazione dell'aprile 1945 (v. artt. 22, 27, 28, 38), ha dichiarato conformi alla Costituzione due testi legislativi (*La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*), perché assicuravano il rispetto del principio costituzionale della salvaguardia della dignità umana⁶¹. Nella successiva sentenza del 1995 (Déc. n. 94-359 DC du 19 janvier 1995) ha ribadito che «*la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle*»⁶².

Vi è di più. Nella decisione del 19 novembre 2009 (Déc. n. 2009-593 DC) relativa alla legge penitenziaria⁶³, il *Conseil ne fait plus – ou plus seulement –* (come nella decisione del 27 luglio 1994 Déc. n. 94-343/344 DC) *découler* il

⁵⁸ V. *Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, cit., p. 21.

In argomento cfr. le riflessioni di D. DE BÉCHILLON, *Renouveler les libertés*, in *Pouvoirs*, n. 130, 2009, p. 143 ss. e di P. PICCIACCHIA, *Il Comité Veil, il Preambolo e i nuovi diritti: la "revanche" della tradizione costituzionale francese?*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2008, *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Jovene, Napoli, 2009, p. 273 ss.

L'unica proposta del Comitato è stata quella di integrare l'art. 1 della Costituzione con un riferimento esplicito al principio di uguale dignità di ciascuna persona.

Anche il Comitato consultivo per la revisione della Costituzione, presieduto da G. Vedel, istituito con il *Décret 92-1247 du 2 décembre 1992*, aveva proposto di inserire il diritto al rispetto della vita privata e della dignità della persona nel testo costituzionale, precisamente nell'art. 66.

⁵⁹ V. *Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, cit., pp. 13-16.

⁶⁰ V. L. FAVOREU, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Rev. fr. dr. const.*, 1994, pp. 799-811.

⁶¹ In argomento v. le riflessioni di P. MARTENS, *Encore la dignité humaine; réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 561 ss.

⁶² Décision n. 94-359 DC du 19 janvier 1995, Rec., 176, cons. 6 et 7.

⁶³ JORF 25 novembre 2009, 20222. Su questa decisione v. *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Cahier n. 28, *Commentaire de la décision n. 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire*, in *www.conseil-constitutionnel.fr*.

principio della dignità umana dalla prima frase del Preambolo del 1946, ma *rap-pelle que* «*tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*» et il range la dignità umana tra questi diritti. Pertanto la dignità umana «*est qualifiée et de droit inaliénable et sacré et de principe à valeur constitutionnelle*»⁶⁴ arrivando ad una tappa fondamentale (se non finale) della lenta trasformazione di una nozione filosofica in concetto giuridico⁶⁵. Anche successivamente, nella decisione del 14 giugno 2013 (Déc. n. 2013-320/321 QPC) relativa al lavoro in carcere (art. 717-3 codice di procedura penale), il *Conseil* ha ribadito che la dignità umana è non solo un principio di valore costituzionale, ma anche un diritto inalienabile.

Pertanto è innegabile l'importanza del cammino fatto dal *Conseil*; esso si pone come l'interprete dei valori e dei principi su cui il testo costituzionale si fonda, adattandoli alle esigenze in continua evoluzione della società, divenendo «*le Grand prêtre et l'artisan du système des droits fondamentaux*»⁶⁶.

Non è mancato chi, alla luce delle decisioni del *Conseil*, ha sottolineato che l'evoluzione giurisprudenziale attesta un nuovo rapporto del giudice nei confronti del diritto: «*Le juge puise dans le mystère d'une notion métaphysique et éthique pour y trouver l'instrument de son jugement. Il ne se réfère plus à la loi, ni même à la Constitution puisque le principe sur lequel se fonde est préjuridique ou supraconstitutionnel*»⁶⁷. E si è anche chiesto: «*au lieu de prendre l'homme comme centre et sujet du monde, ne peut on y mettre l'humanité? L'humanité, en tant que réunion symbolique de tous les hommes en ce qu'ils ont de commun, permet la reconnaissance d'une appartenance au genre humain. Elle met en avant sa dignité*»⁶⁸.

⁶⁴ D. ROUSSEAU-P.Y. GAHDOUN, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2009*, in *Rev. dr. public*, n. 1, 2010, p. 267.

V. anche Déc. 2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

⁶⁵ Sulla lenta integrazione della dignità della persona umana nell'ambito giuridico v. l'ampia monografia di V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., Paris, 2004, in cui si sottolinea il ruolo fondamentale giocato dai giudici. Secondo l'A. «*le principe juridique du respect de la dignité de la personne humaine peut s'analyser comme un nouvel espace de connexion entre la morale et le droit laissé à l'appréciation des juges*» (p. 153).

⁶⁶ B. MATHIEU, *La Constitution cadre et miroir des mutations de la société*, in *Rev. fr. droit. const.*, n. 100, 2014, p. 1011 ss., rimarca la *juridictionnalisation* dei diritti fondamentali e spiega: «*Face à la multiplication des normes relatives aux droits fondamentaux, le juge devient à la fois le "Grand prêtre" et l'artisan du système des droits fondamentaux. L'artisan, car, du fait du champ d'application du droit constitutionnel, les droits fondamentaux ont vocation à être invoqués dans le moindre contentieux. "Grand prêtre", car les droits fondamentaux traduisent en fait un système de valeurs*» (p. 1015).

⁶⁷ P. MARTENS, *Encore la dignité humaine; réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, cit., p. 569.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 573.

5. La fraternité e la giurisprudenza costituzionale

Il Rapporto del *Conseil Constitutionnel* sul tema della *fraternité* – preparato con la collaborazione dello studioso Michel Borgetto – presentato nel 2003 al III Congresso dell'*Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français* (ACCPUF), dopo aver osservato che «*le terme de fraternité fait partie des normes constitutionnelles*» per il riferimento all'al. 2 del Preambolo, all'art. 2 e all'art. 72-3 del testo costituzionale, pone la domanda se da ciò consegua «*la qualité de "norme" ou de "principe" constitutionnel*»⁶⁹. E riguardo alla *devise nationale*, di contro alla tesi minimalista secondo la quale ha valore costituzionale «*la devise dont elle forme, avec la liberté et l'égalité, l'un des trois éléments constitutifs*», oppone una lettura più estesa e «*finalément beaucoup plus cohérente: celle selon laquelle d'une part a valeur constitutionnelle la devise formée par les trois termes de Liberté, d'Égalité et de Fraternité (ce qui aboutit, par conséquent, à la protéger face aux agissements éventuels du législateur ordinaire), d'autre part ont valeur de normes et de principes constitutionnels chacun des trois termes en question*»⁷⁰.

Il Rapporto ricorda che i repubblicani del 1848 non dubitavano che ciascuno dei tre termini della *devise* costituisca «*un principe susceptible de donner lieu à l'inscription dans le texte constitutionnel d'un certain nombre de dispositions destinées à le concrétiser et ayant vocation, au-delà, à inspirer constamment l'action du législateur et des gouvernants*»⁷¹. E sottolinea che questa lettura è la più conforme all'interpretazione che esso stesso ha dato del testo costituzionale; talora infatti, come si è notato precedentemente, ha invocato il principio di solidarietà nazionale o il principio di salvaguardia della dignità umana «*à l'appui de ses décisions alors même que ces "principes" n'ont pas été expressément qualifiés de tels par les textes constitutionnels*»⁷².

Il Rapporto rimarca poi che il testo costituzionale della V Repubblica contiene nozioni e principi vicini a quello della fraternità, quali il riferimento esplicito alla qualifica «sociale» della Repubblica (v. art. 1) o al principio di solidarietà (al. 12 Preambolo del 1946)⁷³. Ed aggiunge che il Preambolo del 1946 «*comporte cependant plusieurs dispositions qui peuvent et doivent se saisir, dans la mesure où elles consacrent en matière sociale un certain nombre de "droits-créances", comme autant de traductions ou d'applications juridiques des principes de fraternité et de solidarité*»⁷⁴.

⁶⁹ V. *Rapport du Conseil constitutionnel français*, cit., p. 259.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 259.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 259-260.

⁷² *Ibidem*, p. 260.

⁷³ J.M. PONTIER, *L'alinéa 12*, in G. CONAC-X. PRETOT-G. TEBoul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, cit., p. 291 ss.

⁷⁴ *Rapport du Conseil constitutionnel français*, cit., p. 262.