

I “nuovi” diritti (*)

di Marta Cartabia

(*) Destinato alla pubblicazione negli atti del Convegno del CESEN “Diritto della Unione Europea e status delle confessioni religiose” (Roma, Istituto L. Sturzo, 8-9 ottobre 2010).

1. L’età dei “nuovi” diritti in Europa - 2. Nuovi assetti istituzionali dell’Europa dei diritti - 3. Due casi esemplari: il diritto al figlio e il diritto al matrimonio omosessuale - 4. I “nuovi” diritti come espressione della privacy e del principio di non discriminazione - 5. “Nuovi” diritti senza limiti - 6. A conclusione: alcuni spunti problematici.

1. L’età dei “nuovi” diritti in Europa

Se il secondo dopoguerra ha segnato l’avvio di un’epoca che a giusto titolo è stata definita da Norberto Bobbio “L’età dei diritti”¹, con altrettanta certezza possiamo ormai affermare che con il crollo del muro di Berlino è stata inaugurata una nuova età, quella dei “nuovi” diritti².

La fine della guerra fredda ha modificato gli assetti politici internazionali favorendo un ambiente più ospitale alla cultura dei diritti umani. Persino i paesi più refrattari, che sono stati per anni del tutto impermeabili alla cultura dei diritti dell’individuo³, hanno iniziato a muovere qualche passo verso il riconoscimento della dignità della singola persona umana come centro dell’ordine sociale, anche se un lungo cammino resta ancora da compiere. Nel mondo occidentale il medesimo spartiacque storico ha segnato un’accelerazione nello sviluppo del linguaggio dei diritti umani – o fon-

¹ Un’età che a livello nazionale si esprime con la scrittura di nuovi testi costituzionali ricchi di tutele per i diritti individuali e a livello internazionale con la Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo. Cfr. N. Bobbio, *L’Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma, Laterza, 2005, 28 ss.

² Nella dottrina italiana F. Modugno poneva il tema dei nuovi diritti proprio nei termini in cui poi sono stati sviluppati dalle giurisprudenze nazionali ed europee nel XXI secolo: Cfr. F. Modugno, *I diritti della terza generazione. La tutela dei nuovi diritti*, in *Parlamento*, 1989, pp. 53 ss.

³³ Una interessante panoramica dell’evoluzione storica della cultura dei diritti individuali in Cina è offerta da K. Hsin-Chi, *Universality, Indivisibility and Interdependence of Human Rights: The Case of China*, in PASS 1-5 May 2009, Acta 15, R. Minnerath, O. Fumagalli Carulli, V. Possenti (eds), *Catholic Social Doctrine and Human Rights*, Vatican City 2010, 359-388.

damentali o individuali – fino a farlo diventare pervasivo. L'Europa in questo momento si trova in posizione di avanguardia nell'ambito di questa cultura giuridica dei diritti individuali.

2. Nuovi assetti istituzionali dell'Europa dei diritti

Prima di entrare nel merito dell'analisi dei tratti sostanziali della cultura dei “nuovi” diritti, occorre giustificare l'affermazione che abbiamo appena formulato: la fine del XX secolo e l'inizio del XXI segnano l'inizio di una nuova stagione nella vita politica del vecchio continente che pone al centro l'“Europa dei diritti”. Che una nuova età sia stata inaugurata risulta ben visibile se focalizziamo l'attenzione su alcuni significativi cambiamenti che si sono verificati nell'ambito delle istituzioni che si occupano di diritti individuali e nell'assetto dei loro rapporti reciproci.

a) *L'apertura delle frontiere nazionali ai diritti europei*

Se assumiamo come punto di osservazione il diritto costituzionale a livello nazionale, possiamo notare alcuni cambiamenti significativi, che si potrebbero sintetizzare nel fenomeno dell'apertura del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali alle influenze internazionali e, soprattutto, europee. In primo luogo, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina hanno abbandonato la tradizionale diffidenza verso una interpretazione della Costituzione, e del suo art. 2 in particolare, come fattispecie aperta⁴, capace, cioè di generare “nuovi” diritti. In vero, la giurisprudenza costituzionale è ancora cauta nell'utilizzo dell'art. 2 come sorgente autonoma di diritti: basti richiamare qui la sentenza n. 138 del 2010, relativa alle unioni omosessuali, in cui la Corte ribadisce la piena discrezionalità del legislatore nella regolamentazione delle unioni omosessuali, che pure rientrano a giudizio della Corte nelle formazioni sociali di cui si occupa appunto l'art. 2 Cost. Viceversa, nella dottrina e soprattutto nella giurisprudenza dei giudici comuni, minori sono le esitazioni ad un uso disinvolto della Costituzione come *passpartout* per il riconoscimento di nuove istanze individuali: basterebbe fare riferimento alla giurisprudenza comune in materia di risarcimento del danno non pa-

⁴ Come noto il dibattito italiano ha visto a lungo contrapposte le posizioni di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 1990, p. 4 ss., che nega la possibilità di utilizzare l'art. 2 per riconoscere nuovi diritti, in quanto ad ogni nuovo diritto corrisponderebbe anche un nuovo obbligo giuridico, e quelle – tra gli altri – di A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss. che vedono invece nell'art. 2 una fattispecie idonea a recepire nuovi diritti che dovessero maturare nella coscienza sociale. Nell'ambito di questo dibattito la posizione di F. Modugno, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 5 si contraddistingue in quanto ritiene che nuovi diritti possano essere ricavati sul piano inter-

trimoniales⁵. Attraverso questa tendenza a leggere l'art. 2 come fattispecie aperta, il testo della Costituzione italiana risulta esposto alle influenze del diritto internazionale, del diritto europeo e anche del diritto straniero, attraverso i canali interpretativi a disposizione dei giudici, che in materia di diritti umani lasciano un margine di manovra molto ampio. Basterebbe richiamare la struttura della sentenza della Corte di cassazione sul caso Englaro⁶, come espressione emblematica di questa tendenza.

Tuttavia, il fattore che più radicalmente ha scardinato la tradizionale lettura dei diritti costituzionali come sistema chiuso è da riconnettersi al diritto europeo. E' dalle frontiere europee che provengono le maggiori pressioni sull'ordinamento costituzionale italiano in tema di diritti individuali. E come per la circolazione dei cittadini europei, anche per i diritti individuali le frontiere nazionali sono state gradualmente smantellate, cosicché possiamo dire – con qualche approssimazione, ma senza deformare il quadro nel suo complesso – che oggi qualunque decisione riguardante individuali assunta nelle sedi europee fa stato anche nell'ordinamento nazionale.

Nei riguardi del diritto dell'Unione europea, questa era la situazione già da tempo consolidata: l'art. 11 Cost. è stato letto da molto tempo come una clausola di apertura di tutto l'ordinamento nazionale al diritto dell'Unione e le riserve sui cd. "contro limiti" non hanno mai di fatto arginato l'ingresso di normative o interpretazioni maturate in ambito europeo, anche se innovative sul terreno dei diritti fondamentali.

Nei riguardi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 è stata esplicitata la competenza della Corte costituzionale ad utilizzare la Convenzione europea come parametro di giudizio nel sindacato di costituzionalità delle leggi italiane e sul piano interpretativo è stato incoraggiato il "dialogo" – sia pure informale – tra giudici ordinari, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Certo, l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento italiano risale a molti anni addietro, ma la svolta giurisprudenziale

pretativo a partire dal fondamento dei diritti costituzionali, individuato nel valore della libertà, sia in senso negativo (indipendenza) sia in senso positivo (autonomia) dell'individuo.

⁵ E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pp. 269-297.

⁶ Corte di cassazione, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In tema si veda A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 485 ss.; ora ampiamente G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino 2010, p. 119 ss.

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf	3	febbraio 2011
---	---	---------------

del 2007 ha formalizzato un dialogo già in corso, chiarendo anche i compiti e i limiti di ciascuno degli attori coinvolti: giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’Uomo⁷.

b) *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*

Se spostiamo ora il nostro punto di osservazione dall’ordinamento nazionale a quello europeo, non possiamo fare a meno di notare alcuni movimenti significativi che si stanno verificando nell’ultimo decennio a livello continentale. L’avvio di questi grandi cambiamenti è da far risalire all’entrata in vigore del Trattato di Nizza del dicembre 2000 e alla annessa proclamazione di una Carta dei diritti dell’Unione europea. Benché si trattasse di un documento di valore solo politico e simbolico, la storia della Carta dei diritti è stata una storia di successi: recepita e applicata dalle autorità giurisdizionali nazionali ed europee ben prima che le fosse riconosciuto un valore giuridicamente vincolante, la Carta ha svolto un ruolo significativo nello sviluppo della cultura dei “nuovi” diritti in tutt’Europa, al punto che a giusto titolo si è parlato di una nuova rifondazione dell’assetto costituzionale europeo basato sull’idea di una “comunità di diritti” – una *Grundrechtsgemeinschaft*⁸. Infatti, in concomitanza con l’approvazione della Carta dei diritti, nella giurisprudenza nazionale ed europea ha avuto avvio una significativa stagione di attivismo giudiziale⁹, avente per oggetto proprio la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, grazie anche al valore simbolico espresso dalla Carta.

c) *L’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea*

Oltre al successo sul piano giurisdizionale, l’approvazione della Carta dei diritti è sicuramente all’origine della nascita di una nuova istituzione comunitaria, l’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea – nell’acronimo comunemente in uso: FRA – che introduce nuovi strumenti di tutela e promozione dei diritti individuali. L’Agenzia dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata istituita con Regolamento del 15 febbraio 2007 n. 168, dopo alcuni anni di discussione e una

⁷ La letteratura presenta ormai una ricchezza di contributi sul tema. Basti richiamare A. Spadaro, L. Ventura, P. Falzea (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2002; N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea*, ESI Napoli, 2006, A. Ruggeri *Corte costituzionale e Corti europee*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/Ruggeri.pdf

⁸ A. Von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? European Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1307 ss.; Id., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell’integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell’Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 849 ss.

non facile gestazione¹⁰. Si tratta di un nuovo organo non giurisdizionale, chiamato a svolgere compiti istruttori, informativi e di sensibilizzazione in materia di diritti fondamentali. Si tratta di funzioni dotate di scarso mordente dal punto di vista strettamente giuridico, ma non poco significative per l'influenza che esse possono esercitare sull'ambiente culturale e sulla mentalità generale: è interessante notare che una strategia comune a molte delle organizzazioni internazionali di ultima generazione che operano nell'ambito dei diritti è quella di agire sulla "consapevolezza" dei diritti umani da parte della società civile e sull'"educazione" dei cittadini¹¹.

d) *Il Trattato di Lisbona*

Un ulteriore impulso all'Europa dei diritti si è avuto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che in tema di diritti individuali contiene due fondamentali novità degne di nota¹²: il riconoscimento dell'efficacia giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali e l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Questi due sviluppi, che per molto tempo sono parsi concorrenti e alternativi, ora trovano contestuale accoglienza.

- La Carta dei diritti e i suoi effetti giuridici

Dopo la sua proclamazione solenne a livello politico avvenuta a Nizza nel dicembre 2000, la Carta dei diritti era rimasta in uno *status* di "limbo" dal punto di vista strettamente giuridico. Il Trattato costituzionale del 2004 perseguiva l'ambizioso obiettivo ambizioso di includere il testo della Carta dei diritti nel corpo stesso della futura Costituzione europea, di cui avrebbe dovuto costituire la parte seconda. Il Trattato di Lisbona che, come è noto, ha voluto smorzare tutti i toni costituzio-

⁹ M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 13-66.

¹⁰ Sull'origine della Agenzia dei diritti: O. De Schutter, *The Two Europes of Human Rights: The Emerging Division of Tasks between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe*, in 14 *Colum. J. Eur. L.*, 2008, 509 ss.; M. Cartabia, E. Lamarque, D. Tega, *L'agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 531-562.

¹¹ G.N. Toggenburg, *The Role of the New EU Fundamental Rights Agency: «Debating The Sex of Angels» or improving Europe's Human Rights Performance*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, 385 ss. 390. Si veda anche M. Borraccetti, *L'agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali*, in *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, in G. Bronzini e V. Piccone (a cura di), Taranto, 2007, 182.

¹² Per uno sguardo di insieme si vedano J. Ziller, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino 2007, p. 176; P. Craig, *The Treaty of Lisbon, Process, Architecture and Substance*, in *European law Review*, 2008, p. 173 – 166, in particolare p. 161 ss.

nali, ritenuti – a torto o a ragione – responsabili del fallimento del tentativo di dotare l’Unione europea di una Costituzione formale, in linea con tutta l’operazione complessiva, ha fatto ricorso a strumenti meno appariscenti. Così l’art. 6 del nuovo Trattato sull’Unione europea¹³ riconosce alla Carta dei diritti *lo stesso valore giuridico dei trattati*. La Carta non viene incorporata nel testo dei trattati e rimane un documento a se stante, preservando una sua autonomia. Questa scelta si spiega bene con lo spirito di Lisbona che intende evitare ogni simbolo di natura costituzionale per non incorrere in un secondo fallimento, senza però retrocedere sostanzialmente dagli obiettivi perseguiti nella stagione “costituzionale” dell’Unione¹⁴.

Il riconoscimento di un effetto giuridicamente vincolante alla Carta accelererà un processo in atto, anche se la vera rivoluzione è già stata compiuta con la *scrittura* della Carta dei diritti. Singolarmente è accaduto che, nonostante fosse priva di effettivo valore legale, la Carta dei diritti una volta scritta sia stata di fatto ripetutamente e diffusamente applicata dalle autorità giurisdizionali nazionali ed europee, acquisendo così sul piano dell’effettività un valore che dal punto di vista formale le mancava¹⁵. Oggi, dunque, il nuovo art. 6 del Trattato UE assume prevalentemente il significato di ratificare da un punto di vista formale ciò che già stava operando nei fatti, ricomponendo così una singolare dissociazione tra valore formale dell’atto e sua applicazione pratica.

- L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

La seconda innovazione introdotta nel Trattato di Lisbona riguarda l’adesione della Unione europea come tale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Oggi tutti gli Stati membri dell’Unione sono anche parte del Consiglio d’Europa e della Convenzione europea dei diritti. Tuttavia l’Unione come tale e le sue istituzioni non sono sottoposte formalmente ai diritti protetti dalla Convenzione né alla giurisdizione della Corte europea di Strasburgo. In vero, la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo da sempre esplicano una influenza molto significativa sulle istituzioni dell’Unione, sia perché la Corte di giustizia comunitaria è molto attenta agli sviluppi della giurisprudenza della Corte dei diritti, sia perché i principi elaborati dalla

¹³ Ci si riferisce alla numerazione risultante dalla versione consolidata del Trattato sull’Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, 30 aprile 2008, doc. 6655/1/08 REV 1.

¹⁴ Si vedano le osservazioni critiche e pungenti di J.H.H. Weiler, *Editorial*, in *European Journal of International Law*, 2008, 647 – 653, in particolare 652.

¹⁵ A. Celotto, G. Pistorio, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, 427-440.

Corte europea in via indiretta finiscono per risultare vincolanti anche sulle istituzioni europee¹⁶. Il Trattato di Lisbona interviene a mettere ordine e a chiarificare anche formalmente questi rapporti che già gradualmente si erano da tempo sviluppati: “L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”: senza ulteriori indugi, l’art. 6, par. 2 TUE non solo apre la strada, ma spinge verso l’adesione dell’Unione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, una strada esplorata e abbandonata nel lontano 1996, quando la Corte di giustizia affermò che l’adesione alla Convenzione non era possibile senza previa revisione dei trattati¹⁷.

Oggi, in seguito alle modifiche introdotte nel Trattato di Lisbona, l’adesione alla Convenzione europea potrà avvenire secondo le procedure descritte nell’art. 218, che prevedono, tra l’altro, la decisione all’unanimità del Consiglio, l’approvazione del Parlamento europeo e l’approvazione di tutti gli Stati membri, ciascuno secondo le proprie regole costituzionali. Una procedura forse ancor più rigida e complessa della revisione dei trattati.

Le preoccupazioni che a suo tempo avevano interrotto le procedure di adesione riguardavano prevalentemente le funzioni della Corte di giustizia e il suo ruolo di garante dei diritti nel sistema di integrazione europea. Ora da questo punto di vista molti sviluppi si sono verificati nella giurisprudenza delle due Corti europee, impegnate da tempo in un fitto e costruttivo dialogo giurisdizionale¹⁸. Le modalità di rapporto tra le due Corti e l’eventuale diritto all’ultima parola in caso di divergenze restano ancora tutte da determinare, perché se da un lato bisogna considerare che l’adesione alla Convenzione non avrebbe alcun significato se non comportasse l’accettazione da parte delle istituzioni europee dei poteri giurisdizionali e interpretativi della Corte europea di Strasburgo, tuttavia, d’altro lato, la Corte di giustizia europea nel tempo si è conquistata un ruolo per nulla marginale nella tutela dei diritti fondamentali in Europa: difficile immaginare che essa sia disposta a rinunciare a un filone giurisprudenziale tanto fecondo.

Dunque, il complesso sistema cd. multilivello in Europa¹⁹ che coinvolge le istituzioni nazionali, quelle dell’Unione europea e quelle del Consiglio d’Europa, negli anni più recenti è stato oggetto di importanti evoluzioni tutte all’insegna di una più facile e formalizzata comunicazione tra i

¹⁶ Riassuntivamente sul punto M. E. Gennusa, *La Cedu e l’Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit. p. 91 ss.

¹⁷ Si veda il parere della Corte di giustizia 28 marzo 1996, n. 2/94.

¹⁸ La Dichiarazione n. 2 allegata al Trattato pende atto del fitto dialogo intercorrente fra le due Corti europee in materia di diritti fondamentali.

¹⁹ La letteratura sul punto è sterminata. Si veda ora G. Martinico-O.Policino (eds.), *The National Judicial Treatment of EU and ECHR Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010.

sistemi coinvolti. Si è andato sviluppando un sistema complesso, in cui gli intrecci di competenze e di giurisdizioni generano non poche inefficienze e aporie²⁰ e tuttavia anche una evidente *judicial cross fertilization* – per riprendere una famosa espressione di Joseph Weiler – dei diritti individuali. Nel complesso, tuttavia, non è difficile vedere che la direzione verso cui si stanno volgendo tutti questi movimenti istituzionali sta portando al centro del sistema la Corte europea dei diritti dell'uomo, punto di riferimento sempre più autorevole sia delle istituzioni dell'Unione europea sia delle istituzioni nazionali. Dunque, per cogliere le caratteristiche di contenuto di questa “età dei nuovi diritti” conviene prendere le mosse dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, proprio perché essa sta diventando un'autorità capace di irradiare i suoi effetti capillarmente in tutto il continente. L'Europa dei nuovi diritti sta dunque spostando il suo epicentro verso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. Due casi esemplari: il diritto al figlio e il diritto al matrimonio omosessuale

Volgiamo ora l'analisi verso le caratteristiche sostanziali dei diritti di ultima generazione. Conviene a questo proposito prendere le mosse da alcuni casi recenti che bene rappresentano le tendenze in corso. Il primo è un caso che riguarda la fecondazione assistita, il secondo riguarda il matrimonio omosessuale: due questioni tra le più controverse e dibattute della stagione dei nuovi diritti.

a) *S.H. versus Austria* – aprile 2010²¹

L'Austria da tempo si è dotata di una legge per regolamentare la fecondazione medicalmente assistita basata su un criterio di base che, con qualche semplificazione, potrebbe sinteticamente essere così riassunto: la fecondazione assistita è permessa se omologa (cioè avviene nell'ambito della coppia dei genitori) mentre è vietata quella eterologa (quella che utilizza un donatore esterno, o la maternità surrogata, ad esempio). Molteplici le ragioni che si adducono a sostegno del divieto della fecondazione eterologa, che vanno dalla prevenzione della commercializzazione della maternità, alla preservazione di una identità certa del nascituro, alla prevenzione di pratiche eugenetiche. Una

²⁰ Su questo punto si veda F. Fabbrini, *The unexpected consequences of European constitutional pluralism: a critical appraisal of the European multi-level system of fundamental rights protection*, Paper presentato a The New Public Law, The New York University Law School, 19-20 settembre 2010, in corso di pubblicazione.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 1 Aprile 2010, n. 57813/00, S. H. e altri versus Austria.

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf	8	febbraio 2011
---	---	---------------

legislazione di questo tenore vige, oltre che in Austria, anche in Germania e in Italia, dove pochi anni fa si è acceso un gran dibattito politico e mediatico, cui è seguita una decisione parlamentare, un referendum, numerosi interventi giurisprudenziali che in questa sede non occorre ripercorrere.

In riferimento alla legislazione austriaca è intervenuta di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo affermando che la distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa provoca una discriminazione fra coppie che soffrono di problemi di sterilità e una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare, quest'ultimo inteso come comprensivo del diritto ad avere un figlio.

La decisione è interamente basata su diritti non scritti, nuovi diritti originati dal *right to privacy* (art. 8 Cedu) e dal divieto di discriminazione (art. 14 Cedu). Da un lato la Corte europea afferma la violazione del principio di non discriminazione, perché i limiti posti dal legislatore nazionale all'accesso a determinati tipi di fecondazione artificiale comporterebbe una discriminazione ai danni delle coppie che non possono soddisfare il loro diritto ad avere un figlio se non ricorrendo alla fecondazione eterologa. L'impossibilità di soddisfare il desiderio di avere un bambino per vie naturali, ovvero attraverso la fecondazione omologa, porrebbe alcune coppie in posizione deteriore rispetto ad altre coppie che, pure soffrendo di sterilità, ma in una forma superabile con tecniche legalmente usufruibili, possono invece soddisfare quel diritto. D'altra parte, tutti gli argomenti della Corte europea legati alla discriminazione tra diverse coppie presuppongono un'altra affermazione e cioè che il diritto al rispetto della vita privata e familiare implichi il diritto ad avere un figlio. Se la Convenzione non contenesse, sia pure implicitamente, il diritto ad avere un figlio, non si potrebbe neppure invocare il principio di non discriminazione che – per giurisprudenza costante – non può mai essere invocato se non in combinato disposto con altro diritto protetto dalla Convenzione. Mai formulato in termini espliciti in precedenza, il diritto al figlio viene fatto derivare dalla Corte dalla matrice dell'art. 8, cioè dal diritto alla *privacy*.

b) *Schalb and Kopf versus Austria* – giugno 2010²²

Pochi mesi dopo la decisione sulla fecondazione assistita, l'Austria è stata destinataria di un'ulteriore significativa decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo questa volta a proposito delle coppie omosessuali. I fatti del caso sono molto semplici: una coppia omosessuale, avendo chiesto e non ottenuto il matrimonio presso le autorità civili austriache e dopo aver presentato ricorso a tutte le autorità giurisdizionali nazionali – Corte costituzionale compresa – senza ottenere sod-

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Prima, 24 giugno, 2010, n. 30141/04, *Schalb and Kopf v. Austria*.

disfazione alla propria richiesta, lamenta davanti alla Corte di Strasburgo una discriminazione, per non essere stata ammessa al godimento del diritto di sposarsi e costituire una famiglia in base all'art. 12 della Convenzione e in subordine in base agli artt. 8 e 14, che come si è detto proteggono rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare e il principio di non discriminazione.

La posizione della Corte europea è così articolata.

Secondo i giudici di Strasburgo non c'è stata violazione dell'art. 12 della Convenzione, in quanto – a differenza di altri strumenti, come l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la Convenzione riserva espressamente e deliberatamente il diritto di sposarsi e costituire una famiglia a coppie eterosessuali. Qui la Corte offre una interpretazione dell'art. 12 della Convenzione che contiene un duplice principio: da un lato, poiché tale disposizione menziona esplicitamente l'uomo e la donna come titolari del diritto di sposarsi e di formare una famiglia, la Corte ne desume che la Convenzione europea non impone agli Stati membri l'obbligo di riconoscere il matrimonio omosessuale; d'altro lato, la Corte suggerisce però che l'esplicito riferimento a uomo e donna nell'art. 12 non impedisca agli Stati membri che lo desiderino di riconoscere il matrimonio omosessuale. Questa seconda affermazione interpretativa è stata contestata in una opinione dissenziente.

Tuttavia, prosegue la Corte, le coppie omosessuali anche se non godono della protezione dell'art. 12, debbono essere considerate “famiglie” – qui la Corte sembra recepire la nota distinzione da tempo diffusa in dottrina tra “famiglia” e “famiglie” – e quindi sono protette dall'art. 8, nella parte in cui tutela la vita familiare. In questo modo la Corte sembra incoraggiare lo sviluppo a livello nazionale di legislazioni che regolino le unioni registrate, in modo da assicurare un riconoscimento giuridico anche alle coppie omosessuali. E' rilevante osservare che in questa decisione la Corte non arriva ad una sentenza di condanna nei confronti dell'Austria. La Corte osserva ripetutamente che in materia di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali non c'è ancora un consenso tra i diversi Stati europei, anche se la legislazione in questo ambito è in veloce evoluzione. Di conseguenza la Corte per il momento non ravvisa alcuna violazione degli artt. 8 e 14 – e quindi una discriminazione delle coppie omosessuali nel godimento del loro diritto alla vita familiare – anche se lascia intendere che la sua posizione potrebbe cambiare nel futuro.

4. I “nuovi” diritti come espressione della privacy e del principio di non discriminazione

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf	10	febbraio 2011
---	----	---------------

Non è mio intendimento qui addentrarmi in una discussione sull'esito delle due decisioni, ma piuttosto mettere a fuoco le dinamiche argomentative e le matrici concettuali da cui emanano i nuovi diritti a livello europeo.

Entrambe le decisioni sono foriere di nuovi diritti, mai esplicitati in nessuna carta o dichiarazione scritta di diritti umani: il diritto ad avere un figlio e il diritto di una coppia omosessuale al riconoscimento giuridico di una unione di tipo familiare. Per essere precisi, le due decisioni pongono i primi elementi per lo sviluppo di tali diritti. I due nuovi diritti non hanno (ancora) una propria autonomia, ma costituiscono emanazioni, ramificazioni di diritti e principi scritti nella Convenzione (artt. 8 e 14). E tuttavia ne costituiscono uno sviluppo nuovo, potenzialmente costitutivo di una nuova posizione giuridica soggettiva.

In entrambi i casi la “produzione” di nuovi diritti si radica in due matrici culturali precise. Il diritto alla vita privata e il principio di non discriminazione. Si tratta delle stesse matrici culturali e giuridiche che sono alla base di tutta la stagione dei diritti individuali di matrice *liberal* che ha segnato una intera epoca del costituzionalismo americano: l'origine – almeno dal punto di vista giuridico – risale agli Stati Uniti degli anni '60, una società e un ordinamento giuridico che in quegli anni attraversavano le storiche stagioni delle battaglie per i diritti civili. E' la rivoluzione dei costumi, soprattutto dei costumi sessuali, che ha portato sul piano giuridico alla comparsa del diritto alla *privacy*, intesa non come mera non interferenza nelle cose private, ma come libertà positiva²³ o diritto all'autodeterminazione individuale²⁴.

Le più recenti propaggini dei cd. nuovi diritti si radicano, dal punto di vista della cultura giuridica nello stesso filone giurisprudenziale inaugurato dalla Corte suprema degli Stati Uniti con il caso *Griswold v. Connecticut* del 1965²⁵, in cui la Corte suprema annullò una legge del Connecticut che proibiva l'uso dei contraccettivi e per la prima volta riconobbe il diritto costituzionale alla *privacy*. La più famosa espressione di questa linea resta ancora oggi *Roe v. Wade* del 1973, forse il

²³ Come è noto il diritto alla *privacy* non è scritto nella Costituzione americana né nei successivi emendamenti. E' piuttosto comparso nel vocabolario giuridico per la prima volta nell'ambito della *tort law*, L. Brandeis e S. Warren, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard Law Review* 1890, 193 ss.

²⁴ M. Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, in 77 *California Law Review*, 1989, 521, che evidenzia due diverse concezioni del diritto alla *privacy* nella giurisprudenza della Corte suprema Americana: la vecchia *privacy*, che protegge l'interesse di ogni persona “in avoiding disclosure of personal matters”; la nuova *privacy*, inaugurata con il caso *Griswold*, che protegge l'interesse di ciascuno alla “independence in making certain kinds of important decisions”, p. 524 ss.

caso in assoluto più controverso di tutta la giurisprudenza della Corte suprema americana, con la quale fu annullata una legge del Texas perché si ritenne che il diritto alla *privacy* dovesse permettere alla donna di poter decidere autonomamente se portare a termine la gravidanza o se interromperla. Prima con la questione dei contraccettivi poi con quella dell'aborto, il diritto alla *privacy* ha generato un vero e proprio diritto a compiere liberamente alcuni tipi di scelte, senza interferenze altrui.

Da questa impostazione culturale, successivamente approdata anche in Europa – dove il diritto alla *privacy* protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha assunto esattamente i medesimi contenuti del corrispondente americano – si è gradualmente affermato un vero e proprio diritto all'autonomia personale o all'autodeterminazione. Oggi in tutto il mondo occidentale tutto ciò che ha a che fare con questioni “moralì” o “eticamente controverse” tende ad essere dominato dal principio di autodeterminazione, il quale a sua volta genera tutta una serie di nuovi diritti individuali: dal diritto di sposarsi e di divorziare, alla libertà di scelta in relazione ai problemi dell'inizio della vita, – in particolare con riferimento all'aborto e all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita – il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari nelle problematiche di fine alla vita, etc. Con questa nuova generazione di nuovi diritti originati dalla *privacy* si diffonde sempre più la versione *libertarian*²⁶ dei diritti umani.

Dunque i nuovi diritti nascono con connotati culturali precisi, che sono quelli dell'individualismo anglosassone, in cui l'autonomia o l'autodeterminazione del singolo costituisce il meta valore dominante e in cui l'eguaglianza tende a tradursi e a ridursi ad una forma di non differenziazione, meglio di “neutralità”²⁷ giuridica.

Gli art. 8 e art. 14 della Convenzione, specie se considerati in combinato disposto, si prestano ad essere interpretati come clausole aperte per la produzione potenzialmente illimitata di nuovi diritti. Da questo punto di vista i due casi che abbiamo ricordato potrebbero non costituire episodi isolati, ma espressioni di avanguardia di una tendenza che potrebbe avere ulteriori e significativi sviluppi. A ben vedere, le recenti evoluzioni dei nuovi diritti nelle giurisprudenze europee, e di riflesso nazionali, danno ragione alla tesi, sostenuta diversi anni orsono da Franco Modugno, secondo la quale se si riconosce che il fondamento dei diritti costituzionali è la libertà, intesa come libertà posi-

²⁵ 381 U.S. 479, *Griswold v. Connecticut*, 1965. In precedenza il concetto di diritto alla *privacy* era già stato utilizzato nelle dissenting opinions dei giudici Douglas e Harlan nel caso *Poe v. Ullman*, sempre sul problema dei contraccettivi, 367 U.S. 497 *Poe v. Ullman*, 1961.

²⁶ Mary Ann Glendon, *Rights Talk*, New York, USA, 1991, p. 48 ss.

²⁷ Su questo punto mi permetto di rinviare per più ampie considerazioni al mio *Judging non-discrimination*, in I.CON, in corso di pubblicazione 2011.

tiva – cioè autonomia e autodeterminazione dell'individuo – “è possibile, ma anche necessario, leggere le formule positive [dei singoli diritti costituzionali] come chiavi che aprono le porte di qualsiasi manifestazione di libertà”²⁸. Quello che vediamo accadere oggi nelle applicazioni giurisprudenziali più recenti è esattamente il frutto dell'aver individuato nell'autodeterminazione – nelle sue varie varianti lessicali: *privacy*, autonomia individuale, libertà positiva etc. – il fondamento dei diritti della persona.

Isaiah Berlin ha efficacemente colto e descritto questo nodo culturale: “Il senso positivo della parola “libertà” deriva dal desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di se stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me stesso e non da forze esterne di qualsiasi tipo. Voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà e non di quelli di altri. Voglio essere un soggetto, non un oggetto; voglio essere mosso da ragioni, da propositi consapevoli che siano proprio i miei e non da cause che mi condizionano ... Voglio essere un agente, uno che decide, non uno per cui si decide; che è auto-diretto e non uno su cui agiscono la natura esterna e altri uomini come fossi una cosa, un animale o uno schiavo...”²⁹. Nella libertà positiva – o “autodeterminazione” – la libertà dalle costrizioni esterne diviene assenza di legami e liberazione da ogni forma di condizionamento fattuale e relazionale, ed esprime l'immagine di un uomo che intende essere padrone di se stesso.

5. “Nuovi” diritti senza limiti

I nuovi diritti, a differenza dei diritti scritti della Convenzione e in generale di tutte le costituzioni sono diritti assoluti, cioè nascono privi di limitazioni. Se si sfogliano le Carte dei diritti nazionali, a partire, ad esempio dalla Costituzione italiana, si nota facilmente che subito dopo la proclamazione di un diritto, anche se qualificato come inviolabile, il testo prosegue indicando i possibili limiti che esso può subire e le relative garanzie per i cittadini: così la libertà personale è inviolabile, ma può essere limitata dall'autorità giudiziaria nei casi e modi previsti dalla legge; la libertà di pensiero è protetta, ma può soffrire limiti per la tutela del buon costume, etc. Analogamente i diritti della Convenzione europea possono essere limitati per la tutela di altri diritti individuali e per fini di interesse generale che siano necessari a una società democratica. Diversamente, i nuovi diritti tendono a comparire nell'ordinamento giuridico privi di limitazioni. Questo fatto dipende da due fattori: uno di carattere istituzionale e l'altro contenutistico. Il primo: poiché i nuovi diritti sono di origine giurisprudenziale, facilmente – direi quasi forzatamente – nascono privi di limitazioni, fatta ecce-

²⁸ F. Modugno, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 9-10.

zione per quelle limitazioni derivanti dal necessario bilanciamento con altri diritti individuali già protetti che nella fattispecie concreta si trovino in competizione. Più difficile è immaginare come potrebbe un giudice elaborare limiti al nuovo diritto radicati in interessi generali senza fuoriuscire dai limiti istituzionali della funzione giurisdizionale. Il secondo fattore che tende a ostacolare la formulazione di limiti ai nuovi diritti è il principio di non-discriminazione. Per come esso è generalmente interpretato – così distante dall’eguaglianza aristotelica per cui ogni differenza di fatto deve riflettersi in una differenziazione giuridica – il principio di non discriminazione che spesso interagisce con la *privacy* come sorgente di nuovi diritti tende a rimuovere ogni limitazione alle nuove situazioni soggettive. Come bene emerge nel caso della fecondazione assistita sopra esaminato, ogni limitazione all’accesso alle tecniche della fecondazione assistita può essere inteso come discriminazione nel godimento del diritto al figlio se si muove dal presupposto che le differenze di fatto – i diversi tipi di sterilità, nello specifico – non possano mai riflettersi in differenze di diritto, neppure quando fosse necessario per la tutela di altri beni e interessi generali – quali l’identità biologica del figlio, la prevenzione dell’uso commerciale del corpo o di parti di esso, la pratica eugenetica, e così via.

Dunque, la nostra è ad un tempo l’età dei nuovi diritti e dei diritti assoluti.

6. A conclusione: alcuni spunti problematici

Oggi si assiste a una duplice tendenza: da un lato vi è una continua espansione del novero dei diritti individuali; d’altra parte, i nuovi diritti rispondono ad una precisa concezione culturale, la concezione individualistico libertaria dei diritti, che porta a negare o a rimuovere ogni forma di limitazione ai diritti soggettivi. Le due tendenze sono profondamente interconnesse: più si alimenta una cultura giuridica di impronta individualistica che si rifà ad una concezione antropologica che risale all’immagine dell’*homo homini lupus*, più si alimenta una espansione delle regole giuridiche, perché ogni bisogno, aspirazione, desiderio pretende riconoscimento sul piano giuridico. La concezione *libertarian* dei diritti non è appagata dall’esistenza di spazi di libertà, ma esige il riconoscimento dell’ordinamento giuridico di tali spazi di libertà: non è la libertà dello stato minimo, ma è piuttosto una concezione di libertà che produce nuove regolazioni, nuovi principi, e soprattutto nuovi diritti soggettivi. La concezione antropologica individualistica sottintesa alla versione liberta-

²⁹ I. Berlin, *Due concetti di libertà* (Two concepts of liberty, Oxford 1958), trad. it. Feltrinelli Milano, 2000, 22 ss.

http://www.olir.it/areetematiche/166/documents/cartabia_relazione_2010_roma_cesen.pdf	14	febbraio 2011
---	----	---------------

ria dei diritti che oggi va per la maggiore si accompagna naturalmente alla moltiplicazione dei diritti: come è stato detto – non ci saranno mai abbastanza regole per ammaestrare i lupi. L'assolutizzazione e la moltiplicazione dei diritti non sono soltanto due fenomeni casualmente concomitanti, ma sono entrambi espressione di una medesima concezione dell'uomo e del suo vivere sociale.

L'aspetto problematico di questa concezione è che questa espansione dell'universo dei diritti individuali potrebbe mancare il suo scopo. Il sospetto sorge che i diritti illimitati nel contenuto e nel numero siano esposti a una degenerazione utopistica.

Per quanto riguarda i diritti assoluti, questa degenerazione è stata raffinatamente descritta anni fa da Mary Glendon: “I diritti assoluti sono una illusione e un'illusione non poco dannosa. Quando noi affermiamo i nostri diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà, noi esprimiamo la speranza che tali beni possano essere meglio protetti dalla legge e dalla politica. Quando noi affermiamo quegli stessi diritti in modo assoluto, tuttavia, noi esprimiamo desideri infiniti e impossibili – di essere completamente liberi, di possedere le cose totalmente, di poter tenere sotto controllo il nostro destino e di governare le nostre anime. C'è un pathos e una presunzione in questi tentativi di negare la fragilità e la contingenza dell'esistenza umana, della libertà personale e del possesso dei beni mondani. [...] Così, ad esempio, coloro che contestano la legittimità delle cinture di sicurezza o del casco per le moto, ripetono frequentemente: “e' il mio corpo e ho il diritto di farne ciò che voglio!”. Tuttavia il paradosso dell'esistenza umana è che il soggetto “individualista, indipendente, senza casco e libero dalle cinture lanciato sulla strada a gran velocità, diviene il più dipendente degli individui per incidente alla spina dorsale”³⁰.

Qui c'è qualcosa che la logica astratta non può spiegare, ma lo può fare l'esperienza umana: “*un droit porté trop loin devient une injustice*” (Voltaire).

La medesima osservazione potrebbe essere ripetuta in riferimento alla moltiplicazione del numero dei diritti. In questo ambito il progresso per accumulazione non funziona.

Nella riflessione giuridica ci sono già molti spunti che mettono in guardia riguardo a questo rischio.

³⁰ Mary A. Glendon, Rights Talk, *op. cit.*, *supra* note 6, at 45-46.

Uno degli argomenti più ricorrenti nel dibattito costituzionalistico sui nuovi diritti o i diritti non scritti è che le logiche quantitative in materia di diritti non possono essere d'aiuto. Non si può parlare di maggiore o minore tutela, o di standard più alto o più basso di protezione dei diritti³¹. I diritti umani sono indivisibili e interdipendenti cosicché ogni nuovo diritto entra nel bilanciamento complessivo con i vecchi diritti e alterna l'assetto complessivo.

Altri hanno posto l'accento, invece, su problemi pratici: maggiore è il numero dei diritti, più numerose le controversie davanti alle corti: già oggi i giudici nazionali ed europei hanno accumulato arretrati di grande entità – alla fine del 2010 circa 150.000 sono i casi pendenti davanti alla Corte europea di Strasburgo! – e inevitabilmente rendono le loro decisioni con anni e anni di ritardo: come si sa, giustizia ritardata è giustizia denegata.

Altri ancora hanno messo l'accento sulla sostenibilità e la fattibilità: i diritti costano³², e dunque al pari di ogni altra decisione pubblica sono soggetti ai limiti e ai condizionamenti che derivano dalla scarsità delle risorse istituzionali, finanziarie, sociali: allungare la lista dei diritti senza che vi siano le condizioni di fatto per attuarli è vendere illusioni ai cittadini e alimentare le loro aspettative che poi di certo non potranno essere mantenute.

Altri ancora hanno osservato che “la moltiplicazione delle norme che definiscono i diritti non ha ridotto, ma di fatto ha aumentato, i rischi di violazione dei diritti stessi”, e che dobbiamo constatare – con non pochi motivi di preoccupazione – che si sta diffondendo una nuova minaccia per i diritti delle persone: “la negazione dei loro diritti in nome dei diritti stessi”³³.

Sul piano dell'osservazione di fatto molti constatano, dunque, che il puro moltiplicarsi dei diritti non avvicina alla meta desiderata, ma – al contrario – può far naufragare l'intero viaggio. Si tratta di constatazioni che in qualche modo ripropongono ciò che la saggezza degli antichi ci ha da sempre tramandato e che continuamente viene dimenticato. *Summum jus, summa iniuria*. Il diritto portato al suo estremo genera ingiustizia. E si potrebbe continuare: *fiat iustitia et pereat mundus*, (e ovviamente, come dice Amartya Sen³⁴ nel suo ultimo libro sulla giustizia, non c'è molto da festeggiare se il mondo perisce).

³¹ Per tutti si veda ora M. Luciani, Positività, meta positività e parapositività dei diritti, in Scritti in onore di Lorenza Carlassare, vol. III, Cedam, Padova, 2009, 1055- 1071.

³² Stephen Holmes & Cass Sunstein, *The Cost of Rights* (WW Norton 1999).

³³ G. Palombella *The abuse of rights and the rule of law*, in A. Sajo (ed), *Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights*, 2006, p. 5 ss.

³⁴ A. Sen, *Justice, The Idea of Justice*, Cambridge Massachusetts USA, 2009, XII.

La storia di tutto il XX secolo ci ricorda che i diritti umani – sin dalle loro espressioni più cristalline come la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e tante costituzioni nazionali – sono stati proclamati come garanzia contro le ingiustizie, ed esprimono uno slancio verso la rinascita di un mondo più giusto, *verso un mondo nuovo*. Ma la storia e l’esperienza recente e antica insegna anche che l’aspirazione alla giustizia è costantemente esposta al paradosso e al rischio di una degenerazione utopistica se perde di vista i limiti delle possibilità umane – come l’Ulisse dantesco, che si spinge oltre le colonne d’Ercole con una imbarcazione inadeguata. L’attrazione per la giustizia diventa una *ύβρις*, se non tiene conto della realtà della condizione umana, cioè diventa strumento di potere dell’uomo sull’uomo. Allora accade, per restare nel nostro esempio dei diritti umani, che anziché servire lo scopo originario di baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere, i diritti umani diventano essi stessi – magari in buona fede – strumenti di potere. Oppure che si finisca anche inavvertitamente per promuovere, nel nome dei diritti umani, semplici interessi di alcuni gruppi più influenti. Come è stato scritto da molti di recente, i diritti umani divengono null’altro che strumenti politici di cui si servono alcuni gruppi sfavoriti per raggiungere i loro obiettivi³⁵.

La vecchia età dei diritti ci ha consegnato i diritti umani come strumenti di garanzia della dignità umana contro gli abusi del potere, di qualunque natura. La nuova età dei diritti – meglio: l’età dei nuovi diritti – pone i diritti individuali su un crinale di cui occorre essere consapevoli, tra garanzia della persona e strumenti di potere.

Da questo punto di vista la sfida giuridica che essi pongono è nuova e diversa da quella che ha impegnato tutta la seconda metà del XX secolo. Se allora il problema giuridico principale era quello di assicurare una tutela effettiva ai diritti proclamati sulla carta e quindi potenziare gli strumenti di garanzia e implementazione dei diritti, oggi il problema più grande e delicato è quello di preservare la natura dei diritti individuali come garanzia della persona umana nei confronti di ogni forma di potere, preservandoli dal rischio di diventare essi stessi uno strumento di esercizio del potere sulla persona umana.

³⁵ C. Bob, *The International Struggle for New Human Rights*, PennPress (USA) 2008.