

Il diritto costituzionale e i diritti in crisi

Diletta Tega

Università di Milano Bicocca

Scienze Giuridiche Nazionali e Internazionali

diletta.tega@unimib.it

ABSTRACT

The essay explores the impact of the Court of Strasbourg on human rights protection's procedures and achievements at the national level, with particular regard to the Italian legal system, arguing that its impact is one of the causes of the current *crisis of fundamental rights*. From a Constitutional Law perspective, the essay explores how the new universalism of human rights, grounded in the notion of cooperative constitutionalism, affects the protection of rights and it wonders how to guarantee – in a context characterized by a shift of decision-making powers, towards technocratic (mainly international) organs – the accountability and the democratic legitimacy of national constitutional powers. The analysis allows one to observe the most recent developments of the so called multilevel protection of human rights and to identify its main problems. Having acknowledged that the expansion of rights – and their aspiration to go further national regulations and protections – appears strictly linked to the reallocation of judicial power at the ultra-state level and, more generally, to the notion of globalization of law, the paper tries to identify some revisions that could be proposed while respecting the enormous contribution of the Court to the protection of human rights.

KEYWORDS

Rights, claims, constitutional courts, protection of fundamental rights

1. Uno sguardo d'insieme sul sistema di tutela dei diritti approntato dalla Corte europea di Strasburgo

Questo saggio discute l'impatto che la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo ha sulle modalità e sui risultati della protezione dei diritti negli ordinamenti e, in particolare in quello italiano¹, sostenendo che tale impatto costituisca uno delle cause dell'attuale *crisi dei diritti*.

Mi preme anticipare le questioni che si svilupperanno di seguito, intrecciandole però con il quadro generale del sistema di tutela dei diritti corroborato dai giudici di Strasburgo, in modo da non tralasciare il tema nel suo

¹ Per uno studio che consideri in parallelo tale impatto nei diversi Paesi aderenti cfr. A. STONE SWEET, H. KELLER, *Introduction*, in A. STONE SWEET, H. KELLER (edited by), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008, 3 ss.

complesso ed evitare di presentare così una ricostruzione solo parziale o enfaticizzata della realtà che si è presa ad oggetto.

La Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo (cui nel testo ci si riferisce indistintamente anche con l'acronimo Corte Edu) costituisce il motore propulsivo del più riuscito e sofisticato tra gli strumenti internazionali posti a tutela dei diritti². La Corte, che ha licenziato la sua prima pronuncia nel 1959, implementa la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³, proclamata a Roma nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953. A tale testo sono stati aggiunti diversi Protocolli che, a partire dal 1970⁴, hanno arricchito il catalogo dei diritti e modificato importanti aspetti procedurali del funzionamento della Corte che, nel frattempo, ha visto aumentare sia i Paesi ai quali si rivolge (ben quarantasette) sia i ricorsi che è chiamata a decidere (diverse decine di migliaia all'anno)⁵.

Inizialmente la Convenzione (cui nel testo ci si riferirà per semplicità anche come Cedu), sottoscritta da quattordici Stati, nello stabilire una protezione progressiva dei diritti e delle libertà proclamati anche nelle coeve Carte costituzionali, si prefiggeva, nella logica indicata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (richiamata peraltro nel Preambolo e di cui la Cedu si presenta al tempo stesso come specificazione e integrazione), di concorrere a prevenire un ulteriore conflitto mondiale, a rafforzare il regime democratico (inteso come l'ambiente in cui la salvaguardia dei diritti si circo-

² Così la pensa anche Luzius Wildhaber, già presidente della Corte, *Rethinking the European Court of Human Rights*, in J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2011, 205.

³ La Corte, come è noto, è stata prevista dall'art. 19 della Convenzione.

⁴ In particolare il Protocollo n. 1 proclama la libertà della proprietà (art. 1), il diritto all'istruzione (art. 2), il diritto a libere elezioni (art. 3); il Protocollo n. 4 enuncia il divieto di imprigionamento per debiti (art. 1), la libertà di circolazione (art. 2), il divieto di espulsione dei cittadini (art. 3), il divieto di espulsioni collettive di stranieri; il Protocollo n. 6 sancisce l'abolizione della pena di morte (art. 1, ad eccezione di quella prevista per atti commessi in tempo di guerra o di imminente pericolo di guerra dalle singole legislazioni nazionali, art. 2); il Protocollo n. 7 stabilisce le garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri (art. 1), il diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale (art. 2), il diritto di risarcimento in caso di errore giudiziario (art. 3), il diritto di non essere giudicato o punito due volte (art. 4), la parità tra coniugi (art. 5); il Protocollo 12 definisce il divieto generale di discriminazione; il Protocollo 13 abolisce la possibilità, prevista dall'art. 2 del Protocollo n. 6, di prevedere la pena capitale in caso di guerra (art. 1).

⁵ Nel 2011 sono stati 64 500 i ricorsi attribuiti a un collegio giudiziario, cioè il 5% più rispetto al 2010, 47 300 di questi sono stati assegnati ai giudici monocratici, poiché destinati, *prima facie*, a essere dichiarati irricevibili (11 % in più rispetto al 2010), mentre 17 200 sono stati trasmessi alle sezioni o ai comitati (9 % in meno rispetto al 2010). Il cd. deficit annuale, cioè la differenza tra i ricorsi assegnati ad una formazione giudiziaria e il numero di ricorsi decisi si aggira intorno a 12 300.

scrive e può essere realizzata)⁶, opponendosi al comunismo, a rimarcare la costruzione di un'identità europea⁷. Spesso durante i lavori preparatori si individuò la tutela dei diritti come antidoto ai regimi totalitari, usciti sconfitti dal conflitto mondiale o ancora esistenti, come quello staliniano⁸. Lo scopo finale dei redattori della Convenzione era — come ricorda Norberto Bobbio in una riflessione ancora attuale sul Preambolo — la realizzazione di un'unione più stretta fra gli Stati del Consiglio d'Europa da raggiungersi attraverso la protezione dei diritti dell'uomo, alla luce di una comunanza di ideali, di un'eredità comune⁹. Si sottraevano così le libertà individuali all'esclusivo dominio statale per farne l'oggetto di un *ordine pubblico europeo* la cui protezione — garanzia collettiva dice il Preambolo — veniva affidata, per la prima volta, ad organi sovranazionali¹⁰.

A ridosso dell'entrata in vigore della Convenzione gli Stati fondatori stabilirono l'esistenza di una Commissione, chiamata a “filtrare” i ricorsi che la Corte avrebbe potuto decidere. Mentre però la Commissione iniziò a lavorare già a partire dal 1954 (per portare a compimento la propria attività nel 1998, anno in cui entra in vigore il ricorso individuale alla Corte), bisognerà attendere il 1959, come si è detto, per leggere la prima pronuncia della Corte, una volta vinte le resistenze di diversi Paesi fondatori alla creazione di un giudice sovranazionale che vegliasse sul rispetto della Convenzione¹¹.

⁶ Inteso come l'ambiente in cui la salvaguardia dei diritti si circoscrive e può essere realizzata. Su che cosa si intenda per società democratica si veda, per esempio, la pronuncia *Handyside c. Regno Unito* del 7 dicembre 1976, § 49.

⁷ Così A. STONE SWEET, H. KELLER, *op. cit.* Sarebbe errato ridurre lo scopo degli Stati fondatori alla sola, per quanto fondamentale, lotta ai regimi dittatoriali. I lavori preparatori infatti mostrano la volontà, in particolare di alcuni Stati, di dare vita ad un *Bill of rights* dei Paesi d'Europa.

⁸ Così anche K. VASAK, autore di uno dei primissimi studi sulla Convenzione nel panorama della dottrina francese, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1964, 281 ss.

⁹ N. BOBBIO, *Il Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. inter.*, 1974, 440.

¹⁰ Così F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, in M. DELMAS – MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, 1989, 448. Del resto la creazione di tale peculiare ordine pubblico è rafforzata dall'affermazione della Corte in base alla quale la Convenzione va letta in funzione del suo specifico carattere di trattato di garanzia collettiva dei diritti, così, per es., nel caso *Soering c. Germania* del 7 luglio 1989, § 87.

¹¹ Come ricorda G. SPERDUTI, *Caratteri del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. inter.*, 1974, nonostante la Corte possa essere adita solo dalla Commissione, dopo che la stessa abbia però dichiarato ricevibile la domanda, abbia tentato la via del regolamento amichevole e adottato il proprio rapporto, sempre che lo Stato o gli Stati interessati ne abbiano accettato la giurisdizione “è ugualmente da rilevare che la concezione seguita nella creazione della Corte europea rappresenta un ardito progresso rispetto alla tradizionale concezione degli organi di giurisdizione internazionale”, 436.

Le brevissime notazioni appena fatte servono per marcare quanto profondamente il cd. sistema Strasburgo si sia trasformato rispetto ad un passato tutto sommato recente: di pari passo con il cambiamento degli equilibri politici e costituzionali, seguito al fatale crollo del muro di Berlino del 1989 e alla fine della cd. guerra fredda, gli scopi perseguiti sono *naturalmente* mutati e la garanzia si è fatta più che mai pervasiva. Come dimostrano, del resto, i giudici europei che, attraverso l'interpretazione evolutiva della Convenzione (considerata un *living instrument*¹²) e il riferimento al cd. consenso europeo, sono divenuti una sorta di imbuto delle nuove istanze di libertà. Vale la pena ritornare, ancora una volta, sulle parole usate nel Preambolo per capire la consapevolezza che allora i redattori della Cedu avevano riguardo l'imperfezione del tipo di garanzia che potevano costruire: si prevedano infatti solo "prime misure" per garantire "alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale"¹³.

La Corte è riuscita, pur nel suo ruolo di *giurisdizione sussidiaria delle libertà*, ad affermarsi come il principale artefice nel continente europeo¹⁴ non solo di un ordine pubblico europeo "delle libere democrazie d'Europa allo scopo di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di legalità"¹⁵, ma anche di un catalogo dei diritti improntato ad una lettura non solo incrementale, ma anche *progressista* delle libertà. Intendo dire, con quest'ultima affermazione, che nei confronti dei Paesi con una tradizione democratica meno consolidata essa ha affermato, pur nel rispetto del margine di apprezzamento statale¹⁶, uno standard di protezione

¹² Le prime pronunce in cui la Corte enuncia tale caratteristica della Convenzione sono le notissime *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978 e *Loizidou c. Turchia*, 23 marzo 1995.

¹³ N. BOBBIO, *op. cit.*, 444. Le parole con cui K. VASAK, *op. cit.*, conclude il suo volume testimoniano, a mio parere, questa consapevolezza delle difficoltà e delle resistenze statali al progetto della Convenzione, "que dire alors de la Convention: elle comprend du meilleur, auquel s'ajoute le pire; l'or est melange au plomb le plus vulgaire. Ce qui est importante et réconfortant, c'est que le pire est l'heritage d'un passé condamné, alors que le meilleur porte en lui les espoirs de l'avenir", 287.

¹⁴ Tanto che dagli anni '90 del secolo scorso la ratifica della Convenzione è divenuta una tappa obbligatoria per gli Stati che hanno voluto entrare a far parte dell'Unione europea. Si vedrà, una volta intervenuta la ratifica della Convenzione da parte dell'Unione europea, come si configureranno i rapporti con la Corte di giustizia che, a quel punto, avrà tutti gli strumenti giuridici per potenziare ulteriormente la sua vocazione ad essere essa stessa giudice dei diritti.

¹⁵ Così la Commissione si esprime nella decisione *Austria c. Italia* dell'11 gennaio 1961. Un esempio recentissimo è rappresentato dal ricorso presentato da Yuliya Tymoshenko, ex primo ministro ucraino, sottoposta ad un regime di detenzione drammatico. Il caso al momento in cui si va a stampa non è stato ancora deciso.

¹⁶ Rispetto del margine che ha portato la Corte, per quanto riguarda l'ordinamento turco, per esempio, a confermare la pesante limitazione che il diritto nazionale pone al diritto di

dei diritti, civili e politici, il più simile possibile a quello degli ordinamenti europei più garantisti¹⁷.

Come giustamente evidenzia uno dei maggiori esperti della giurisprudenza di Strasburgo, Frédéric Sudre¹⁸, la Corte pare distinguere i diritti enunciati nella Convenzione in due categorie che rappresenterebbero i capisaldi dell'ordine pubblico europeo. La prima è quella dei diritti che vengono identificati come fondanti la stessa democrazia europea, vale a dire: la libertà di pensiero, di religione¹⁹, di coscienza, di espressione²⁰, il diritto a non subire torture e trattamenti inumani e degradanti²¹. Mentre la seconda comprende diritti di "importanza capitale", indirettamente costitutivi la democrazia: il diritto alla libertà e alla sicurezza personale, il diritto ad un equo processo (sintetizzabili nel principio della preminenza del diritto²²), il diritto a libere elezioni²³, il diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni nell'educazione dei figli²⁴ (riassumibili nel principio del pluralismo politico).

In particolare la giurisprudenza europea ha influito in maniera rilevante, anche negli ordinamenti considerati tradizionalmente più avanzati nell'elaborazione della tutela delle libertà, sulle garanzie penali e processuali

fondare partiti politici, sia permesso rinviare a S. CECCANTI, D. TEGA, *Protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione delle democrazie*, Torino, 2005, 37 ss., nonché a C. BOLOGNA, *Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), Torino, 2011, 443 ss.

¹⁷ Sulla limitata incidenza della Convenzione sulle libertà politiche e civili in Italia si è notoriamente espresso A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, *Diritto pubblico*, 2001, 1 ss.

¹⁸ F. SUDRE, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in P. TAVERNIER (editeur), *Quelle Europe pour le droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, 1996, 54-55.

¹⁹ Tra gli altri il caso Kokkinakis c. Grecia del 25 marzo 1995, § 31, nel quale per la prima volta si afferma la violazione di tale libertà.

²⁰ Per esempio nel caso, cui già si è fatto riferimento, Handyside, o ancora in Vogt c. Germania del 26 settembre 1995, § 71, concernente il licenziamento di un dipendente pubblico, in questo caso un'insegnante, a causa delle sue attività politiche in seno al Partito comunista tedesco.

²¹ Il già citato caso Soering che ha riguardato un cittadino tedesco condannato alla pena capitale negli Stati Uniti.

²² Tra i tanti casi che riconoscono tale principio come fondamentale in una società democratica si ricordano Golder c. Regno Unito del 21 febbraio 1975 e Brogan c. Regno Unito, del 29 novembre 1988.

²³ Personalmente inserirei questo diritto nella prima categoria. La pronuncia Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio del 2 marzo 1987, § 47, sulla quale si vedano le riflessioni di P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il caso Mathieu – Mohin e Clerfayt c. Belgio in tema di diritti elettorali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 237 ss.

²⁴ Caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Norvegia del 7 dicembre 1976, § 50.

e sul diritto di proprietà. In base alle statistiche rese pubbliche dalla Corte, nel periodo compreso tra il 1959 e il 2011 su 12425 condanne la maggior parte ha riguardato la violazione, nell'ordine, del diritto ad un equo processo (8660), del diritto alla libertà e alla sicurezza (2205, con particolare riferimento alle condizioni dell'arresto e della detenzione), del diritto alla proprietà (2569), del diritto ad un ricorso effettivo (1559), del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, comprensivo dell'assenza di un'inchiesta statale efficace (1444)²⁵.

La Corte ha inoltre elaborato un'interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 (che in qualche caso si “appoggia” anche sull'art. 12, diritto al matrimonio) spesso molto avanzata rispetto a tradizioni giuridiche nazionali consolidate, ottenendo risultati talvolta confusi e criticati (nel senso che spesso la Grande camera è intervenuta a smentire la precedente decisione dei colleghi delle Sezioni). Se è vero infatti che è da tutti riconosciuta l'esistenza di un comune patrimonio europeo letterario, artistico e filosofico, alcune delle decisioni che più clamori hanno suscitato testimoniano che sono rinvenibili, parimenti, divisioni ancora significative in tema di famiglia e di limiti alla libertà religiosa o di espressione²⁶. Quest'ultimo filone giurisprudenziale, per quanto molto valorizzato dalla dottrina (neanche questo scritto fa eccezione in tal senso) rappresenta, nella totalità dell'attività della Corte, uno tra i molti aspetti che la caratterizzano²⁷.

L'enfaticizzazione in particolare di tale orientamento giurisprudenziale, ma più in generale di tutta l'attività della Corte, prosegue nelle riflessioni di chi si spinge a sostenere — in base alla definizione della Convenzione come “uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo”²⁸ e alla procedura delle cd. sentenze pilota — che essa sia accostabile, pur nel consapevolezza delle peculiarità, ad una giurisdizione costituzionale. L'affermazione, che certamente non è da sottovalutare, è per certi aspetti affascinante, ma,

²⁵ Nel 2011 l'ordine è in parte diverso: su 987 condanne il maggior numero ha riguardato la violazione del diritto ad un equo processo (641), del diritto alla libertà e alla sicurezza (261, con particolare riferimento alle condizioni dell'arresto e della detenzione), del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, comprensivo dell'assenza di un'inchiesta statale efficace (287), del diritto ad un ricorso effettivo (187), del diritto alla proprietà (155).

²⁶ Così molto opportunamente M. DELMAS – MARTY, *Pluralisme et tradition nationales (revendication des droits individuels)*, in P. TAVERNIER, *op. cit.*, 81 ss.

²⁷ Per rifarci ancora alle statistiche le condanne sono negli anni 1959-2011: 853 per quanto concerne l'art. 8 e 7 in relazione all'art. 12, nel solo 2011 rispettivamente 126 e 0.

²⁸ Caso *Loizidou c. Turchia* del 23 marzo 1995, § 75, è stato ricordato che l'espressione era stata in qualche modo anticipata nella decisione della Commissione Cipro c. Turchia del 1978, F. SUDRE, *op. cit.*, 39.

come si tenta di dire nel saggio, va inserita in una discussione che tenga in considerazione anche le caratteristiche che la smentiscono.

Tra queste si possono elencare: il fatto che nella maggioranza dei casi la Corte non svolge il ruolo di una giurisdizione costituzionale, impegnata com'è a fronteggiare ripetute violazioni strutturali della Convenzione o violazioni dei diritti più basilari, come quello al divieto di trattamenti inumani in perpetuati in ordinamenti, recentemente entrati a far parte del Consiglio d'Europa, che non hanno ancora sviluppato una cultura giuridica e politica dei diritti paragonabile a quella, pur spesso ancora deficitaria, dei Paesi occidentali; la modalità di selezione dei giudici che compongono la Corte; le specificità nazionali; la loro preparazione (che risulta fortemente disomogenea, visto che siedono oggi a Strasburgo giudici di tradizione e cultura giuridica di *civil law*, giudici che si rifanno invece alla *common law* britannica e altri che si sono formati nelle *law schools* statunitensi); il dato incontrovertibile che la giurisdizione di Strasburgo è chiamata a risolvere il *caso concreto*, e non a valutare la *convenzionalità* di una scelta normativa nazionale (anche se talvolta giudici e dottrina italiani paiono tendere a fare assumere proprio questo ruolo "costituzionale" alla Corte di Strasburgo).

2. Il ruolo dei giudici

La scelta di prevedere un numero limitato di diritti e per molti di essi, anche se non per tutti, un'ampia clausola limitativa introduce ad un altro dei nodi che si affrontano: e cioè il ruolo dell'interprete e, in particolare, dei giudici. Come è stato ipotizzato infatti un tale tipo di tecnica redazionale (che si spiega anche in nome della necessità di avvicinare alla ratifica più Stati possibili) presuppone una figura "forte" di magistrato giudicante [...] nella cui potestà interpretativa si nutre, da parte dei cittadini, una fiducia addirittura ottimistica quanto alle capacità di esso di cogliere e condividere le emergenti domande sociali"²⁹.

Questa ipotesi viene confermata, in primo luogo, dalla Corte che la inverte attraverso l'interpretazione evolutiva della Convenzione, intesa come *living instrument*, e, in secondo luogo, dai giudici comuni nazionali, chiamati ad applicare le norme convenzionali, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo. Come vedremo, in particolare per quanto concerne il ruolo del giudice nazionale, l'attrazione esercitata dall'*irresistibile fascino* della cd. tutela multilivello, ha spinto la Corte di cassazione italiana (ancora prima che la Corte costituzionale avesse riconosciuto, con le decisioni nn. 348 e 349 del 2007, la Convenzione, così come interpretata dai giudici europei, come

²⁹ A. PACE, *op. cit.*, 12-13.

fonte sub costituzionale del diritto) a utilizzare la Convenzione come ausilio interpretativo delle norme interne e, in riferimento al problema della responsabilità dello Stato per l'eccessiva durata del processo, a interpretare i principi del diritto interno alla luce delle pronunce di condanna della Corte europea, arrivando a rinviare a nuovo ruolo una causa, in attesa di una decisione dei giudici di Strasburgo³⁰. Mentre in altri casi, anche se non frequenti, ha indotto qualche giudice a costruire, erroneamente, un inesistente parallelo con il diritto comunitario, in modo da disapplicare il diritto interno in contrasto con la Convenzione.

Il giudice si è “evoluto” in un “giudice dei diritti” — ha affermato Roberto Romboli — attraverso l'applicazione diretta della Costituzione prima, l'interpretazione costituzionalmente conforme, suggerita e imposta dalla Corte costituzionale dopo e, ora, aggiungo io, mediante una sorta di controllo di convenzionalità della norma interna che può trarlo in inganno circa i limiti del proprio ruolo. Questo tipo di espansione delle attribuzioni in capo al giudice porta più di una volta al contrasto con il potere politico³¹: in linea di massima si può schematizzare affermando che, mentre l'atto legislativo, imponendo una regola per il futuro, è fondato sulla volontà politica, quello giurisdizionale, invece, produce diritto solo come effetto indiretto della risolu-

³⁰ Così F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 22-23 ottobre 2004, nella versione apparsa in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 87 e 95. La Cassazione, ricorda l'A., ha ritenuto vincolanti, con le decisioni nn. 1338, 1339, 1340, 1341 del 2004, i principi stabiliti in materia di danno non patrimoniale ai fini dell'interpretazione del diritto interno; o ancora ha rinviato la decisione alla pronuncia della Corte europea, come è accaduto in merito all'applicazione dell'art. 5 bis della legge n. 359 del 1992, sulla determinazione dell'indennità di esproprio.

³¹ R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, 2008, 212, si riferisce ai due conflitti di poteri sollevati rispettivamente da Camera e Senato nei confronti della sentenza di Cassazione (I sez. civile, n. 21748 del 2007) sulla domanda di sospensione del trattamento somministrato a Eluana Englaro all'epoca in stato vegetativo permanente. La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 334 del 2008 con la quale dichiara inammissibile i conflitti, afferma che “il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”. Pur aderendo a questa impostazione, la decisione della Cassazione mi pare condivisibile, considerando la vicenda personale e umana di Eluana Englaro e della sua famiglia, problematica, invece, se si ammette, come mi sembra, che il giudice, nel colmare un vuoto legislativo, abbia indubbiamente operato una fuga in avanti rispetto all'ordinamento italiano per quanto concerne la ricostruzione della volontà del soggetto. In merito sia permesso rinviare a D. TEGA, *Costituzione e progressi medico scientifici: i dubbi di un costituzionalista*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, in corso di stampa.

zione di una determinata controversia, trovando il suo fondamento nella forza della ragione ed essendo qualificabile come fonte culturale³².

Tale sorta di attivismo giudiziale, sia a livello internazionale che interno, è soggetto da sempre a molteplici critiche, soprattutto da parte di chi mette in guardia dai pericoli, conseguenti all'abbandono del metodo giuspositivista "temperato", che derivano da interpretazioni emotive delle norme internazionali in tema di diritti, richiamandosi alla cd. teoria dei valori³³.

Più in generale una parte della dottrina e dell'opinione pubblica alimenta una contrapposizione tra i legislatori nazionali, caratterizzati come istituzioni maggioritarie³⁴, portatrici di istanze parziali (percepiti, da parti della società, come persino antagoniste alle proprie rivendicazioni) e la Corte di Strasburgo, presentata a tale scopo al pari di un'istituzione antimaggioritaria³⁵, garante ultima delle domande di giustizia. Credo che anche la Corte, in particolare in alcune sue decisioni, corrobora la tendenza, comune a molti ordinamenti, in base alla quale il giudice viene percepito da parte della società civile come portatore di una tutela giuridica più efficace rispetto alla difficoltà in cui pare dibattersi il legislatore rappresentativo.

Pur non aderendo alle tesi di chi considera il *judicial review of legislation* inappropriato come modalità di decisione finale nelle società democratiche³⁶,

³² Così A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, 340 ss. Rispetto a uno schema di questo tipo va però ricordata l'esistenza di tentativi di forzatura da parte del giudiziario.

³³ A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, *Quaderni costituzionali*, 2001, 41- 42.

³⁴ Riprenderemo *infra* questo tema, dico subito che non mi pare che la nozione di democrazia possa essere ricondotta solo ad una semplice idea maggioritaria.

³⁵ Mauro Cappelletti, del resto, ricorda che è "verità banale, anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, la creatività del giudice", creatività intesa cioè come reazione *in primis* al positivismo giuridico. Continua l'A., l'utopia della capacità del politico di incorporare il consenso dei governati o perlomeno della maggioranza di essi si è dissolta da tempo e così la creatività può rivelarsi un bene o un male. Un'obiezione forte alla crescente creatività del giudice è sempre stata quella del suo essere anti-maggioritario e quindi antidemocratico, anche su questa affermazione l'A. dimostra di essere in parte scettico, richiamando anche le posizioni in merito maturate negli anni dallo studioso americano Martin Shapiro, in *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, in particolare Premessa, 14, 81, 84, 95, 96.

³⁶ Per esemplificare credo che l'iter della vicenda della legge sulla procreazione assistita dimostri la bontà del nostro sistema di pesi e contrappesi costituzionali. La maggioranza parlamentare ha approvato nel 2004 una legge molto criticata dalla minoranza parlamentare e da parte della società. È stato possibile attivare l'istituto di democrazia popolare, il referendum abrogativo del 2005 non ha però raggiunto il *quorum* necessario al fine di abrogare i punti più discussi del provvedimento legislativo. In fine nel 2009 la Corte costituzionale, pur salvando l'impianto generale della legge, ha dichiarato la non costituzionalità di uno dei passaggi più problematici: le modalità previste per l'impianto degli embrioni.

mi pare che la lettura che parte della società civile dà dell'esperienza di Strasburgo rafforzi almeno uno dei capisaldi di questa posizione. Mi riferisco cioè alla leggerezza con la quale, talvolta, si adopera l'espressione "tirannia della maggioranza" (a cui fa eco l'espressione "diritto contro lo Stato" che, come vedremo, è usata da alcuni giudici di Strasburgo per sintetizzare il compito della Corte) per riferirsi a decisioni legislative nazionali che negano o riducono fortemente i diritti di qualcuno. È infatti palese che in ogni esempio di disaccordo sui diritti chi sostiene una lettura più ampia di un determinato diritto ritiene la posizione opposta potenzialmente tirannica. Questo dato, per quanto assodato, non può essere enfatizzato sino a far dimenticare, innanzitutto, che gli ordinamenti costituzionali, come il nostro, mettono in campo una serie di pesi e contrappesi che sono immaginati proprio per limitare il potere "tirannico", assicurando forme di partecipazione popolare indiretta o diretta ai procedimenti decisionali³⁷, e, all'opposto, che la Corte di Strasburgo non assicura certamente, come vedremo, dal rischio di una sorta di "tirannia internazionale dei giudici". Occorre infatti chiedersi se una giurisprudenza casistica e, di conseguenza spesso imprevedibile, sia la risposta più efficace alle difficoltà dimostrate dal potere politico³⁸: può essere una cassa di risonanza per diversi tipi di rivendicazioni, ma non può essere la cura.

Quello che preme indagare — lasciando sullo sfondo la problematica rappresentata dal pericolo che si vada legittimando una post-democrazia in cui il mito dell'antipolitica porti all'assoluto predominio di istanze tecnocra-

³⁷ Sul principio di decidere a maggioranza, nel rispetto dei diritti inviolabili, come nuovo elemento fondante il moderno costituzionalismo cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Maggioranza (principio di)*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali, ad vocem*, Roma, 1995.

³⁸ Un tale tipo di riflessione non deve essere accostata alle posizioni di critica più estrema che "smitizzano" la bontà del *judicial review*, almeno in una società che presenti determinate caratteristiche democratiche. In che senso cioè l'ultima parola è preferibile che spetti, anziché ad una assemblea rappresentativa, ad una aristocrazia giudiziaria? Il riferimento è alle posizioni di J. WALDRON, in particolare espresse nel saggio *The Core Case against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, in particolare 1360, 1367, 1379, 1395-1396, 1406. In sintesi è noto che l'A. ritiene il *judicial review*, in particolare nella sua versione *strong* (nella quale senza dubbio rientra anche il controllo di costituzionalità italiano), inappropriato in società democratiche il cui problema di fondo non è un mal funzionamento del Parlamento, ma il mancato accordo dei suoi componenti rispetto ai diritti (tipicamente inerenti alle scelte più difficili che una società deve prendere come per esempio quelle riguardanti l'interruzione di gravidanza, le azioni positive, la tolleranza religiosa, i diritti culturali delle minoranze, ecc.). *Contra*, da ultimo, R. BIN, *Legal text and judicial adjudication: what lawyers can learn from modern Physics*, dattiloscritto presentato il 26 marzo 2012 presso lo Straus Institute for the Advanced Study of Law and Justice, NYU.

tiche³⁹ — è se questo sia il vero ruolo della Corte o piuttosto una forzatura foriera, tra l'altro, di una possibile perdita di autorevolezza. Per quanto concerne il nostro ordinamento, i giudici di Strasburgo offrono all'individuo — come rilevato da Federico Sorrentino al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti nel 2004⁴⁰ — “l'impressione” di superare l'inesistenza dello strumento del ricorso individuale, ma soprattutto di provocare una spinta al superamento anche di orientamenti consolidati in sede nazionale, come è avvenuto per controversie sull'accessione invertita, sulle limitazioni espropriative della proprietà privata e sull'immunità parlamentare, inserendosi in un processo evolutivo già in parte avviato in sede nazionale.

Utilizzare però il ricorso alla Corte come occasione per contestare il dettato (o l'assenza di dettato, ipotesi queste due non paragonabili) legislativo nazionale su temi diversi da quelli appena ricordati e che dividono fortemente la società (ad e. quelli etici), non è compito della Corte, almeno per come era stata pensata la sua natura sussidiaria, e, alla luce dello spirito che ha animato i lavori preparatori alla Convenzione.

Assodato che l'espansione dei diritti e la loro vocazione a superare i circuiti della regolazione e della tutela nazionale sono in un rapporto che si autoalimenta con la riallocazione del potere giudiziario a livello ultrastatale e, più in generale, con la cd. globalizzazione del diritto resta da chiedersi, dopo aver fatto questa constatazione, quali correttivi, rispettosi dell'enorme apporto che la Corte ha dato al progredire della tutela dei diritti, possano proporsi.

3. Quali diritti?

Questo scritto si incentra sul tema dei *diritti in crisi*⁴¹ perché, paradossalmente, proprio nel momento in cui in Europa si assiste ad una proliferazione delle sedi della loro tutela e al consolidarsi del riconoscimento, precipuamente in

³⁹ Così si esprime G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del “governo dei giudici”*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX Convegno Annuale Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, 2008, 53.

⁴⁰ ID., *La tutela multilivello dei diritti*, op. cit., 98.

⁴¹ Sia permesso sul tema rinviare a D. TEGA, *I diritti in crisi tra Corti nazionali ed Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012. Sui significati della cd. crisi dei diritti si veda l'interessante contributo di F. BELVISI, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti. Per un po' di realismo sui diritti umani*, *ivi*.

via giudiziale, dei cd. nuovi diritti⁴², si fatica a definire il contenuto di molti di essi, indebolendone così l'efficacia⁴³ e acclarando la falsa equazione "più diritti = più giustizia". Ciò porta inevitabilmente ad uno stallo, ad una transizione non necessariamente negativa, che richiede agli studiosi del diritto⁴⁴ di riflettere su una trasformazione in grado di evolvere in molteplici esiti. Tale proliferazione, potremmo dire, *sfocata*, dei diritti costituisce non solo un argomento sul quale interrogarsi, ma a sua volta e più in generale, rappresenta uno dei fattori cui può ascrivere la crisi della categoria del diritto soggettivo⁴⁵, categoria che, pur messa alla prova su più fronti, non pare un concetto di cui si possa ancora fare a meno⁴⁶. Come è ben noto le elaborazioni sui diritti pubblici soggettivi di Georg Jellinek⁴⁷, riprese in Italia, da Santi Romano e Pietro Virga⁴⁸, costituiscono il tentativo, riuscito, di bilanciare il dogma della

⁴² Si riferisce a un'Europa nella quale si rinvergono diritti di ogni specie e di ogni qualità M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa*, 2000, 3 ss., 97 ss.

⁴³⁴³ M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano, 2004, 8 ss. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 23-24, afferma che come la vendita dei titoli nobiliari prelude alla perdita del loro significato sociale, così è pure per lo *status* costituzionale dei "diritti". Elargire lo *status* di diritto costituzionalmente riconosciuto ad interessi che filtrano per la porticina di un'interpretazione spregiudicata, rende assai poco credibile poi il tentativo di spendere questo *status* per rintuzzare altri interessi antagonisti, privi di titolo nobiliare.

⁴⁴ Sul tema si vedano per esempio le riflessioni di F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastali di civiltà*, Torino, 2002, 207 ss. È poi evidente che in tale paradosso sono coinvolte anche le dinamiche legate alla volontà delle maggioranze politiche, tema però che non è oggetto del presente studio.

⁴⁵ Augusto Barbera addebita la difficoltà in cui versa la categoria a diversi motivi, tra i quali ricorda, oltre alla cd. tutela multilivello dei diritti: la presenza di un giudice costituzionale cui il cittadino può accedere limitandosi a proporre delle eccezioni nel corso di un giudizio, facendo così venire meno la tradizionale correlazione fra diritto e azione a tutela di esso; la distinzione sempre più evanescente fra "diritti soggettivi" e "diritti pubblici soggettivi", i primi riferiti ai rapporti fra soggetti privati, i secondi alle relazioni fra cittadini e autorità pubbliche; la formulazione non più solo per regole, ma per principi delle costituzioni del secondo dopoguerra che talvolta non rende possibile individuare in modo netto il concreto "interesse" tutelato in capo a singoli soggetti e il conseguente "potere" conferito agli stessi; la constatazione che nello stato costituzionale le libertà tendono a tradursi, oltre che in un diritto soggettivo, anche in più ampi *statuti* o *istituzioni* per la libertà. Cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2012, 166; e così anche A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 339 ss.

⁴⁶ A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 30-31.

⁴⁷ In particolare nell'opera *System der subjektiven Offentlichen rechte*, Tubingen, pubblicata nel 1892 e poi nel 1905 (in italiano nel 1912).

⁴⁸ Nelle riflessioni raccolte rispettivamente in *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, V. E. Orlando (diretto da), Milano, 1902; *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano 1947.

priorità dei diritti con quello della sovranità statale, attraverso la riaffermazione del potere in mano ad un soggetto. In tal modo i diritti soggettivi (pubblici) si caratterizzano per essere il risultato del *self restraint* dello Stato ordinamento, alla cui volontà vengono subordinati cittadino e amministrazione (lo Stato apparato).

Si diceva tentativo riuscito⁴⁹, ma certamente non del tutto soddisfacente in un'età nella quale la subordinazione alla volontà superiore dello Stato ordinamento è accompagnata da grande insofferenza e insoddisfazione. Del resto se la dottrina più attenta ha da sempre affermato che le libertà non si potevano ridurre esclusivamente entro un tale schema interpretativo, pur non potendone fare a meno, l'esperienza contemporanea dimostra, una volta di più, che prescindendo da esso si corre il rischio di vederle evaporare nell'aria rarefatta delle condizioni generali di libertà⁵⁰. Per intenderci la dignità di "diritto", scrive Augusto Barbera, si può riconoscere solo a quelle situazioni in cui interessi soggettivi di singoli individui o di gruppi siano direttamente e immediatamente tutelati e sia loro riconosciuta la possibilità di azionarne i rimedi giurisdizionali⁵¹. L'A. ribadisce che se non si è di fronte a pretese azionabili non si è di fronte a diritti fondamentali, nel senso che non ogni valore costituzionalmente tutelato (pace, sicurezza, ecc.) si traduce in un diritto costituzionale per i cittadini⁵². Proprio per questo motivo la possibilità di ricorso a Corti internazionali può rappresentare, senza dubbio, un ulteriore strumento in mano ai cittadini, purché non contraddica il principio democratico, legato ai diritti politici degli stessi cittadini.

Ma in che cosa consistono i sintomi che, più in particolare, mi hanno fatto parlare di *diritti in crisi* all'incrocio tra Corti nazionali e Corte di Strasburgo?

In particolare i diritti ricevono negli ordinamenti giuridici contemporanei protezione non solo a livello nazionale, ma anche internazionale e sovranazionale quella che viene anche definita la cd. tutela multilivello dei diritti. A tal proposito mi preme specificare che nel corso del saggio uso questa espressione con un valore esclusivamente descrittivo e non prescrittivo⁵³. Del resto, le dichiarazioni internazionali dei diritti si sono prima moltiplicate, nella logica che ha animato il progetto della Dichiarazione universale del

⁴⁹ Si veda in merito la ricostruzione che ne fa A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 321 ss.

⁵⁰ A. BARBERA, *ult. op. cit.*, 29.

⁵¹ *Contra* F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, in A.A.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1388-1389.

⁵² A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, *op. cit.*, in particolare 19, 29, 31.

⁵³ Per le critiche alla teoria prescrittiva del costituzionalismo multilivello si rimanda alla trattazione che segue. In ogni caso in particolare si Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione, Questione giustizia*, 2008, in particolare 71 ss.

1948, per trasformarsi, pur con esiti diversi — grazie all’insediamento delle Corti da esse previste — da prestigiose “tigri di carta”⁵⁴ in strumenti in grado di penetrare gli ordinamenti nazionali. L’internazionalizzazione del linguaggio e delle figure normative che traducono l’idea dei diritti insieme alla proliferazione delle fonti normative che riconoscono i diritti e degli strumenti giuridici a loro tutela rappresentano uno dei fenomeni più appariscenti nell’attuale scenario giuridico⁵⁵. A fronte di tale ricostruzione mai numerose come oggi sono le perplessità, per alcuni addirittura le *inquietudini* nei confronti di questo fenomeno non più nuovo, ma che sembra aver acquisito, per la prima volta, una matura sistematizzazione⁵⁶.

Inquietudini che arrivano a mettere in discussione la legittimazione stessa delle Corti sovranazionali e internazionali e i rapporti con gli organi politici rappresentativi nazionali, nonché il contenuto stesso dei diritti. Da questo tipo di “tutela integrata” dei diritti emergono dunque due elementi: quello più attinente alla forma che è caratterizzato da relazioni e collegamenti tra Stati e organizzazioni regionali (in questo contesto l’aggettivo viene usato per indicare realtà continentali) e internazionali; e quello che, invece, più riguarda l’aspetto contenutistico, composto da una molteplicità di sfaccettature che paiono condurre nella direzione di un’affermazione della neutralità e del valore della dignità umana⁵⁷, rispetto alle diverse concezioni del mondo presenti in una società fortemente secolarizzata e allo stesso tempo anche molto frammentata. In ultima analisi si ha a che fare con rivendicazioni provenienti dalla popolazione che per molto tempo appartenevano al terreno dell’indecidibile da parte della politica, ma che ora rischiano di essere assog-

⁵⁴ R. GUASTINI, *Diritti*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di) *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1994, parla di “diritti di carta”, 168 e 170; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali, Quaderni costituzionali*, 1997, 417 ss., usa la definizione “romantiche dichiarazioni”, in particolare 431.

⁵⁵ Così A. D’ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003, LIX.

⁵⁶ Cfr. T. CAMPBELL, K. D. EWING, A. TOMKINS, (edited by), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, Oxford, 2012; O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 89 ss.

⁵⁷ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3123 ss.; nonché gli scritti di F. MODUGNO, da ultimo, cfr. *Presentazione del volume Esperienza elementare e diritto*, di A. SIMONCINI, L. VIOLINI, P. CARROZZA, M. CARTABIA, Milano, 2011, presso la Camera dei Deputati, 11 luglio 2012, dattiloscritto, 22 ss. Sarebbe di conseguenza enucleabile un “nuovo diritto” per questi A. solo se si riferisse ad un diritto enumerato riconosciuto come inviolabile e al principio supremo di libertà-dignità.

gettate a decisioni compiute da istituzioni specializzate, ma non rappresentative.

Il dato di partenza è noto: l'esito dell'arricchimento dei significati e delle modalità di tutela dei diritti non è sempre e in ogni caso incrementale. In alcuni frangenti infatti i nuovi contenuti dei diritti possono evidenziare inedite prospettive di bilanciamento, rischi "degenerativi" o antinomie⁵⁸.

Tale considerazione è già stata avanzata per quanto concerne il riconoscimento giurisprudenziale di cd. nuovi diritti, operato dal giudice nazionale⁵⁹ e, a maggior ragione, seppur con le dovute precisazioni, è possibile estenderla anche al meccanismo di tutela internazionale dei diritti, in particolare a quello approntato dalla Corte europea, per il livello di maturazione e di pervasività negli ordinamenti costituzionali che ha raggiunto in questi anni. La crisi dei diritti che analizzo in questo saggio infatti mette in luce un tema noto, il riconoscimento di "diritti nuovi" per via giudiziaria in un ambito però nuovo, l'ordinamento internazionale, e in riferimento ad una Convenzione internazionale anziché ad una Costituzione.

Ora i diritti costituzionali si caratterizzano: a) per essere il fondamento di tutto l'ordinamento giuridico e dello stesso Stato, cioè la categoria *a priori* della democrazia pluralistica; b) per acquisire contenuto e garanzia dal dettato costituzionale nazionale; c) per essere inviolabili, cioè per essere valori di fronte ai quali si arresta la possibilità di svuotamento o di eliminazione da parte dei pubblici poteri e per essere efficaci *erga omnes*⁶⁰. Per tutti questi significati vengono anche definiti diritti fondamentali poiché sono valori costituzionali e come tali esprimono un paradigma ordinato nel quale il valore della libertà individuale viene fissato in una determinata relazione con altri

⁵⁸ In questi termini A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, op. cit., xxvii. Sul rischio della sovrapposizione (e non del mero sovrappollamento di diritti) di norme originate in ambienti "culturali" diversi aveva già avvertito del resto A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, op. cit., 32; ID., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, op. cit., 35.

⁵⁹ In tema di nuovi diritti si rimanda alle note posizioni di A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, G. Branca (in diretto da), *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 59 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, I ed. 1983 (e successive); P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1995; P. CARETTI, *L'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione*, in P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, ult. ed. 2011; da ultimo A. MORRONE, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, tomo I, Costituzione, Carte dei diritti, Quattro codici, Milano, 2009 (II edizione), 3 ss.; M. CARTABIA, *In tema di nuovi diritti*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 625 ss.

⁶⁰ Così efficacemente A. BALDASSARRE in particolare in, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 63, nonché ID., in *Diritti della persona e valori costituzionali*, op. cit.

valori, sia d'interesse individuale che pubblico⁶¹. La natura di valori costituzionali dei diritti fondamentali, nonché la loro consistenza paradigmatica, conferiscono ai diritti enumerati una capacità espansiva che, pur senza essere illimitata e indifferenziata, è comunque idonea a permettere ai diritti di adattarsi all'evoluzione della realtà sociale nel rispetto del principio normativo contenuto nel testo costituzionale. Ammettere un'apertura indifferenziata della Costituzione significherebbe riconoscere la possibilità di una rottura dell'ordine delle valutazioni del costituente, acclarando l'esistenza di un ordine normativo superiore a quello costituzionale. Se ciò può essere in parte vero per quanto riguarda l'Unione europea con la specificazione dell'esistenza, mai negata del contrappeso dei cd. controlimiti, non lo è certamente per il cd. sistema Strasburgo.

Non vorrei essere fraintesa: la dottrina costituzionalistica italiana, come del resto è accaduto anche in altri ordinamenti, ha discusso la possibilità di enucleare valori emergenti nella società, capaci di essere riconosciuti come diritti costituzionali. Tra coloro che hanno sostenuto la necessità di considerare rivendicazioni e aspirazioni capaci di assumere la forma di “nuovi diritti” soggettivi e un contenuto in linea con il nucleo duro della carta costituzionale, c'è chi, Augusto Barbera in particolare, ha sempre messo in guardia da una serie di pericoli che possono portare a snaturare la categoria delle libertà costituzionali. Non si può trarre cioè dall'art. 2 Cost., pur valorizzando il legame tra libertà e responsabilità individuale, un generale “diritto alla libertà”, posto a tutela di impulsi individuali, poiché la Costituzione non può basarsi su un generico “diritto alla libertà” come “involucro del tornaconto”⁶². Non dubito di queste posizioni, a patto che non vengano strumentalizzate⁶³, per giustificare sempre e comunque, un legislatore nazionale tentato da un eccessivo atteggiamento paternalistico o proibizionista⁶⁴.

La tendenza a confondere i due piani si spiega per molte ragioni. Mi limito qui ad accennare alla più forte: alcuni diritti riconosciuti dalla Corte Edu appaiono come la frontiera più avanzata dello sviluppo della personalità e delle inclinazioni personali attraverso l'accesso alle opportunità offerte dal

⁶¹ ID., *op. cit.*, 74-76. La Corte costituzionale ha del resto riconosciuto che i diritti inviolabili rientrano tra i principi supremi dell'ordinamento, sentenza n.1146 del 1988.

⁶² G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, *Politica del diritto*, 1990, 47 ss.

⁶³ Per esempio sostengo sia corretto affermare che la Costituzione italiana non offra la base per il riconoscimento del “diritto al matrimonio omosessuale”. Tuttavia il legislatore ordinario potrebbe, a mio avviso, prevedere il riconoscimento delle coppie di fatto omosessuali, basandosi sull'art. 2 Cost. e sulla decisione della Corte costituzionale n. 138 del 2010.

⁶⁴ A tal proposito si veda la posizione di M. AINIS, *Le libertà negate*, *op. cit.*

livello più avanzato scientificamente della società, le cd. *chances of life*⁶⁵. In questo senso si può concordare che i diritti e le libertà fondamentali si stanno rivelando fattori culturali di un'unità di civiltà che trascende i legami nazionali e ambisce a stabilizzare un'area europea, almeno per quanto concerne il nostro tema di ricerca. Uno dei rischi dell'accentuazione dei diritti contenuti, soprattutto per implicito, nelle carte internazionali (come per quelle costituzionali), afferma Franco Modugno⁶⁶, è il significativo spostamento dalla primazia del diritto in senso oggettivo al diritto in senso soggettivo che comporta un'artificiosa scissione tra il profilo della pretesa e quello del dovere che invece convivono significativamente nelle dichiarazioni costituzionali.

In relazione a quanto detto mi pongo però una domanda: i diritti enucleati nello spazio europeo dalla Corte Edu e quelli riconosciuti a livello costituzionale nazionale sono categorie sempre omogenee? Dando per scontato che esiste, evidentemente, una base (giuridica, storica e filosofica) comune che non si vuole in alcun modo mettere in discussione, provo a elencare gli elementi di differenza da tenere presenti nel valutare i diritti all'incrocio tra giurisdizioni nazionali e Corte di Strasburgo.

Innanzitutto la Corte Edu decide — e lo sottolineo ancora una volta — sul singolo caso (valuta cioè se le limitazioni imposte al diritto in discussione siano necessarie e proporzionate in una società democratica, senza dover bilanciare tale riconoscimento con altri diritti previsti nella Convenzione⁶⁷) e sul singolo diritto, *avvertito* come fondamentale dal ricorrente, interpretando la Convenzione come uno *strumento vivente*. Ciò significa che (come si vedrà in particolare nell'ultimo capitolo) i giudici europei di tanto in tanto enucleano diritti che non sono esplicitamente previsti dal testo della Convenzione (e che non erano certamente prevedibili da parte non solo dei primi firmatari, ma neanche dei Paesi che hanno deciso di aderirvi in questi sessant'anni⁶⁸).

⁶⁵ Quanto affermato da Antonio Baldassarre “una democrazia pluralistica prima di essere una forma di governo è una particolare conformazione sociale perché il pluralismo dei poteri costituzionali e la loro “divisione” non è che la conseguenza del pluralismo sociale e della giusta ripartizione fra i vari membri della comunità di *chances of life* sufficienti per vivere una vita dignitosa e poter essere autori del proprio destino, padroni della propria vita” è una buona approssimazione di una visione condivisa oggi da molti dei ricorrenti a Strasburgo, *op. cit.*, 70.

⁶⁶ Dattiloscritto dal titolo *Presentazione del volume Esperienza elementare e diritto*, *op. cit.*, 4.

⁶⁷ Incidentalmente ricordo che i diritti enucleati dalla Corte Edu sono diritti che prescindono dalla cittadinanza. Non più diritti di cittadinanza, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze, così L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di) *Luigi Ferrajoli Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2002, 23.

⁶⁸ Sul punto si veda E. BATES, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN,

Tale attività interpretativa raggiunge la sua massima estensione di creatività riguardo diritti — meglio rivendicazioni di diritti, comuni a parti delle diverse società — sul cui riconoscimento non esiste un atteggiamento concorde sul piano politico e giuridico a livello nazionale.

I giudici di Strasburgo accordano talvolta lo *status* di diritti a situazioni che, a livello nazionale, non rientrano nella categoria del diritto soggettivo, ma risultano mere aspirazioni avvertite però da chi le sostiene come veri e propri *diritti negati*. A questo proposito si può azzardare un paragone tra ciò che l'art. 2 Cost., inteso come “clausola aperta”, ha significato per il riconoscimento dei diritti costituzionali nel nostro ordinamento e ciò che l'art. 8 Cedu rappresenta per l'interpretazione della Convenzione intesa come “strumento vivente”, a patto però che sia ben chiaro che chi si è espresso favorevolmente per una “lettura aperta” dell'art. 2 Cost., lo ha fatto sostenendo il riconoscimento solo di quei cd. nuovi diritti che possedevano già gli elementi necessari per rientrare nella categoria dei diritti soggettivi.

Le autorità nazionali, come afferma la Corte costituzionale italiana nella decisione n. 317 del 2009, giocano un ruolo molto diverso dai giudici di Strasburgo, avendo “il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali — compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. — si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”. In altre parole spetta all'ordinamento nazionale la valutazione di come il prodotto dell'interrelazione avvenuto in sede Edu si inserisca nell'ordinamento costituzionale e con quali conseguenze. Nel caso non collimi con i diritti tutelati a livello nazionale perché offre una tutela minore o perché rappresenta, come si appena detto, una mera rivendicazione, non entra nell'ordinamento: nel primo caso, in base al criterio per il quale si applica il livello massimo di tutela⁶⁹ e, nel secondo, per il rifiuto della Corte costituzionale, se adita, di dichiarare

The European Court of Human Rights between Law and Politics, Oxford, 2011, 17 ss.; nonché l'interessante ricerca sui lavori preparatori fatta da D. NICOL, *Original Intent and the European Convention on Human Rights*, *Public Law*, 2005, 152 ss. Lo studio nasce al fine di valutare quali fossero i reali scopi che gli Stati aderenti riponevano nella Convenzione e di vagliare se l'obiezione che riporto nel testo, sostenuta soprattutto dai critici britannici, sia fondata. Dall'analisi dei lavori preparatori emergerebbe, secondo l'A., che sin nei lavori preparatori si fronteggiavano due letture della Convenzione, una minimalista e l'altra massimalista, che hanno riguardato non solo gli scopi della Cedu, ma anche che ruolo dovesse assumere la Corte, nonché quali diritti riconoscere.

⁶⁹ L'art. 53 della Cedu prevede infatti una sorta di clausola di salvaguardia in base alla quale “Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”.

l'illegittimità della norma interna che non contempla tale "diritto", o, per quello del legislatore di riconoscerlo ufficialmente. Come si sa questa stessa funzione difensiva dell'ordinamento costituzionale nazionale viene esercitata, pur con tutte le differenze, anche dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco e dalla *Supreme Court* britannica.

In secondo luogo vi è da considerare, per quanto concerne il fenomeno della veicolazione dei diritti proclamati *fuori* dal livello costituzionale, che la loro "consistenza" non sempre è la medesima. Si è fatto notare che per poter confrontare diritti appartenenti a sistemi diversi va considerato il tipo di rapporto esistente tra la garanzia della situazione soggettiva individuale, da un lato, e l'interesse generale, dall'altro. Ciascun ordinamento infatti assicura tanto il godimento e la garanzia dei diritti individuali, quanto il perseguimento degli interessi pubblici al suo fondamento. La definizione del punto di equilibrio tra diritti individuali e interesse generale è il frutto di opzioni politiche e non soltanto il risultato dell'attività interpretativa delle norme che riconoscono e garantiscono i diversi livelli⁷⁰.

In terzo luogo l'articolo 1 della Cedu riconosce in capo agli Stati il dovere di adattare il proprio ordinamento al contenuto della Convenzione in una relazione che è esclusivamente tra Stato e individuo⁷¹. Per il tipo di scelta operata dagli Stati sottoscrittori, i diritti attribuiti dalla Convenzione sono ricostruibili cioè, stando alla lettera dell'enunciato, come diritti soggettivi pubblici nel senso che la tutela apprestata escluderebbe in principio la diretta applicabilità dei diritti nei rapporti interindividuali⁷². Anche se la giurisprudenza di Strasburgo ha riconosciuto una qualche efficacia orizzontale in particolare agli artt. 2, 3, 8 e 10: gli Stati sono cioè destinatari non solo degli obblighi derivanti dalla Convenzione, ma anche dello specifico dovere di sorvegliare che non siano commesse violazioni interindividuali dei diritti ivi riconosciuti⁷³.

⁷⁰ Così F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, op. cit., 81. Del resto l'A. ricorda giustamente che il bilanciamento operato dalla Corte europea risulta talvolta simile, ma altre volte diverso rispetto a quanto definito dalla Corte costituzionale in applicazione di norme della Costituzione, 97.

⁷¹ L'art. 1 stabilisce che: "le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione".

⁷² In questo senso F. S. MARINI, *I diritti fondamentali della Cedu e della Corte dell'Unione europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D'ATENA, PIER. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 53.

⁷³ Così, per esempio, per quanto concerne l'art. 2 McCann e altri c. Regno Unito del 27 settembre 1995, § 161, Osman c. Regno Unito del 28 ottobre 1988, §§ 115-117; Giuliani c. Italia del 24 marzo 2011, §§ 205 ss.; art. 3 Assenov e altri c. Bulgaria del 28 ottobre 1998, §102; art. 8 Gaskin c. Regno Unito del 7 luglio 1989, §§ 42-49; art. 10 Fuentes Bobo c. Spagna, del 29 febbraio 2000, § 38; Palomo Sánchez e altri c. Spagna del 12 settembre

4. *Le inquietudini legate alla cd. tutela multilivello*

Al fine di approfondire alcune delle problematiche appena enunciate è opportuno tratteggiare l'intreccio di temi che ne costituiscono lo sfondo. Usando le lenti del diritto costituzionale, in via di sintesi, si può affermare che al cuore di questo intreccio c'è la preoccupazione di capire come il nuovo universalismo della protezione dei diritti, fondato sulle basi di un *costituzionalismo cooperativo*, proiettato oltre i confini dello stato-nazione⁷⁴ si rifletta sulla loro tutela, e come si possano assicurare — in una realtà caratterizzata dallo *spostamento* anche nel campo dei diritti del potere decisionale verso sedi tecnocratiche (soprattutto internazionali)⁷⁵ — tanto la cd. *accountability* che la salvaguardia della legittimazione democratica dei poteri costituzionali nazionali.

Le *inquietudini* nei confronti di tale fenomeno si possono, in via di estrema semplificazione, riassumere in questi interrogativi:

a) come si trasforma il contenuto dei diritti nel passaggio da una dimensione nella quale hanno un legame con un determinato contesto giuridico, storico e culturale, ad uno spazio slegato da tale appartenenza⁷⁶ e viceversa?

b) È auspicabile che la *nuova base di riferimento* dei diritti sia rappresentata dall'interpretazione datane dal giudice internazionale?

c) Fino a che punto la giurisprudenza internazionale deve essere tenuta in considerazione dai giudici nazionali, comuni e costituzionali?

2011, § 60; Dink c. Turchia del 14 settembre 2010, § 137; art. 11 Plattform “Ärzte für das Leben” c. Austria del 21 giugno 1988, § 32.

⁷⁴ Cfr. a tal proposito P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, op. cit., 54, nonché P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993; ID., *Stato costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 2011, ad vocem.

⁷⁵ Così S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.

⁷⁶ Sulla rottura del nesso di corrispondenza biunivoca tra diritti fondamentali e Costituzione cfr. A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sopranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo, “intercostituzionale”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 549. Su come il linguaggio dei diritti si rarefaccia si veda tra gli altri M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002; e ancora M. PATRONO, aiutato da G. M. SALERNO, *Studiando i diritti: il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del nostro tempo: lezioni*, Torino, 2009.

d) Quale valore deve essere riconosciuto ai precedenti delle Corti internazionali? Poiché per quanto concerne, ad esempio, la Corte europea di Strasburgo, l'allargamento a ordinamenti dall'evoluzione giuridica ancora incerta rende il mantenimento di standards di tutela comuni difficoltoso.

e) Il ruolo dei giudici internazionali dei diritti può spingersi oltre il compito di assicurare giustizia per il caso concreto, sino a lambire il dominio della giustizia costituzionale?

f) Di quale portata è il collegamento tra l'appannarsi del ruolo del legislatore democratico (fenomeno comune ai diversi ordinamenti giuridici occidentali) e l'interventismo crescente delle giurisdizioni internazionali, ma anche nazionali?

g) I vari livelli di tutela sono in grado di *lavorare* all'unisono, al fine di perseguire una protezione efficace?

In particolare, le *inquietudini* collegate alla cd. giuridificazione dei diritti, si appuntano, tra l'altro, sia sui meccanismi di tutela, che registrerebbero una *preminenza* del giudice in parallelo ad una sorta di *emarginazione* del legislatore⁷⁷, sia sul possibile *annacquamento* della valorizzazione delle differenze e delle appartenenze a gruppi di riferimento⁷⁸ che, insieme al ruolo centrale del legislatore, sono un elemento caratterizzante l'affermazione dei diritti a livello nazionale.

Riguardo al ruolo del giudice — nazionale, (comune e costituzionale), internazionale e sovranazionale, nel riconoscimento e nella tutela dei diritti — ciò che risulta maggiormente interessante e problematico è, da un lato, il tipo di *instabile equilibrio* che si sta venendo a creare tra le diverse giurisdizioni coinvolte, e, dall'altro, il rapporto tra giudici e legislatori nel rispondere alle nuove richieste di tutela avanzate da parti della società. Su questo terreno c'è chi reclama un ruolo maggiormente centrale per il secondo, davanti alle cui scelte, quando la decisione riguarda *diritti controversi*, il ruolo *creativo* dei giudici dovrebbe ridursi drasticamente. Tanto che in questa *empasse* si è avanzato il timore che la tutela *giurisdizionale*, nel precedere o addirittura nel sostituire la decisione *politica*, rappresenti, in negativo, sia lo strumento at-

⁷⁷ Il riferimento è alla cd. giuristocrazia e al noto volume di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge – London, 2004; sul cd. attivismo giudiziale dovuto alla caduta di peso della politica e sui giudici come primi destinatari delle nuove domande sociali si rinvia a S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1995, in particolare 182 e 184.

⁷⁸ Il riferimento è chiaramente al pensiero comunitarista (e alle differenti posizioni che lo connotano) e, in particolare, alle posizioni di C. Taylor, e di M. Walzer. Si veda, tra le molte riflessioni, quelle di A. FACCHI, *I diritti dell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2011, in particolare 21 ss.

traverso cui imporre una sorta di *colonialismo giudiziario*⁷⁹ sia la causa principale della debolezza dei diritti nell'era della globalizzazione⁸⁰.

La realtà contemporanea risulta, almeno in parte, difficoltosa da leggere con gli schemi tradizionali, caratterizzata come è, da una pluralità di soggetti giurisdizionali che si sommano e, sempre più spesso, si sovrappongono. In un primo tempo si è data di questa realtà una *lettura ottimistica* che, in estrema sintesi, individuava nelle doti maieutiche del *dialogo* tra giudici la soluzione per garantire l'armonia⁸¹.

In un secondo tempo, con l'ulteriore svilupparsi del fenomeno appena descritto, ci si è domandati se non si fosse veicolata una valutazione troppo *tranquillizzante* e se la cifra distintiva non fosse da individuare più che nel *dialogo* nello *scontro*.

Mi pare, come si dirà più diffusamente in seguito, che sia ora possibile, grazie anche ad alcune prese di posizioni delle Corti costituzionali nazionali, superare questa dicotomia e trarre un primo bilancio che, come vedremo, testimonia piuttosto una situazione di *equilibrio instabile*.

Collegata a questo tema si presenta una caratteristica che sembra emergere come propria del costituzionalismo contemporaneo, cioè l'esistenza di *diritti controversi*⁸². Il costituzionalismo continentale del secondo dopo guerra proclama nelle costituzioni, per la prima volta, una tavola di diritti fondamentali e valori *condivisi*, frutto di *compromessi storici* costruiti su una società anche veementemente divisa, scegliendo di lasciare le polemiche e le divi-

⁷⁹ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di) *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 57 ss. In merito si vedano le riflessioni sull'uso talvolta selettivo di tale approccio di A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, 189 ss.

⁸⁰ G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, *Politica del diritto*, 2003, 341-342.

⁸¹ Cfr. da ultimo A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417 ss. Per un'analisi della problematica intorno al dialogo tra corti G. F. FERRARI, *Rapporto tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in G. F. FERRARI (a cura di) *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, vii ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

⁸² M. LUCIANI dedica all'elevato tasso di divisione in merito alla disciplina e all'utilizzazione del concetto stesso di Costituzione lo scritto *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 ss. Sul tema dei diritti in particolare si veda M. CARTABIA, *The Age of "New Rights"*, *Straus Working Paper 03/10*, in <http://nyustraus.org/index.html>; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

sioni al terreno della politica⁸³. E al contempo, pone le basi per avviare un rinnovato ampliamento dei suoi stessi confini, inaugurando una trasformazione nei sistemi di tutela dei diritti che è espressione di una tendenza storica profonda⁸⁴. Al contrario il costituzionalismo occidentale contemporaneo si esprime non più attraverso documenti costituzionali nazionali, ma per esempio nei Trattati modificativi di quelli istitutivi delle Comunità europee e nella Carta dei diritti fondamentali⁸⁵. Soprattutto il grado di condivisione espresso dai diritti sembra scemare: la genesi e le polemiche che hanno accompagnato il primo documento sui diritti dell'Unione europea, ideato per essere parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁸⁶, sono state molte e mai veramente sopite⁸⁷. Non c'è dubbio, a tal proposito, che la recen-

⁸³ Sull'argomento delle potenzialità di conflitto tra principi costituzionali e la mediazione svolta dagli atti normativi e su quello dell'incorporazione del conflitto sociale in una Costituzione pluralista si rimanda a R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, in particolare 29-33, 45; ID., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 31 ss. Sulle modalità per ridurre il "pluralismo di fatto" cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995. Sulle fasi dello sviluppo dei diritti fondamentali si veda, tra i numerosi contributi, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 33 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990. Sulla definizione di diritti fondamentali, sulla quale nel testo si è deciso di non tornare, si veda oltre a N. BOBBIO, già citato, G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012. Va da sé che la mancanza di una Costituzione scritta nel Regno Unito non significa una lacuna nella protezione dei diritti. Il recepimento della Cedu nell'ordinamento britannico attraverso lo *Human Rights Act* del 1998 rappresenta, per quanto in questo ultimo periodo molto discusso, la conferma di questo tipo di evoluzione del costituzionalismo del secondo dopo guerra.

⁸⁴ Si pensi all'inserimento nella Costituzione italiana degli articoli 10 e 11, per esempio. Così ritrovando quella che M. FIORAVANTI definisce la doppia vocazione storica, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma – Bari, 2009, 149 ss.

⁸⁵ Proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e, poi, riproclamata (con alcune modifiche) dalle stesse istituzioni, e cioè Consiglio e Commissione, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

⁸⁶ Firmato a Roma il 29 ottobre 2004, mai entrato in vigore anche per le resistenze opposte alla Carta da diversi Paesi. Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; J-C PIRIS, *Il processo di riforma dell'UE. Il trattato costituzionale nella prospettiva del trattato di riforma*, Cide (centro nazionale di informazione e documentazione europea), Roma, 2007; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, 2005, Bologna, in particolare 139 ss. e 203 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2010.

⁸⁷ La Carta, una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Particolare non di poco conto essa è solo richiamata dall'art. 6 del TUE, versione consolidata, anziché essere riprodotta per esteso. Cfr. M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 158 ss.; e più in generale J-C PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010.

Un esempio dei timori ancora oggi nutriti da alcuni stati nei confronti della Carta è il Protocollo 30 che, siglato da Polonia e Regno Unito, precisa, in ordine ai diritti sociali

te cogenza della Carta dei diritti fondamentali, renda ulteriormente più evidenti i problemi della diversità di *standards* nella protezione dei diritti.

In ultima analisi se a livello interno le nuove rivendicazioni espresse da una parte della società non sono condivise (per motivi legati a opzioni soprattutto culturali e religiose) a livello internazionale e sovranazionale sembra che i diritti non siano ancora un terreno comune⁸⁸, nonostante si sia insistito e, anche creduto da parte di molti, nella possibilità di un'Europa dei diritti, basata appunto su uno *ius commune*⁸⁹.

5. Conclusioni

I diritti in crisi. Con questa espressione evocativa non ho voluto affermare che i diritti vivano una trasformazione esclusivamente negativa. Le difficoltà di concepire i diritti oltre lo Stato che si sono tratteggiate sono una dimostrazione, nell'ottica più propriamente costituzionalistica, della crisi stessa che attraversa la categoria dei diritti soggettivi. Tale nozione infatti dimostra oggettive difficoltà a “leggere” la narrativa contemporanea dei diritti nella quale ci troviamo immersi. La mia trattazione non ha inteso esaurire il fenomeno, ma semplicemente accennarlo. Esistono senza dubbio altri fattori già maturi di crisi, accennati nell'Introduzione. Mentre altri sono in uno stadio ancora iniziale, almeno nel nostro ordinamento. Penso ad esempio alla tutela non giudiziale dei diritti, attuata dalle cd. istituzioni nazionali per la promozione della parità, come le definisce la direttiva 2000/43/CE, o, come in

proclamati, “In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno” e ancora che “Ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito”; nonché il Protocollo 35, voluto dall'Irlanda, che stabilisce, riguardo all'equiparazione del diritto alla vita tra madre e nascituro (art. 40.3.3 della Costituzione) “Nessuna disposizione dei trattati, del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica e dei trattati o degli atti che li modificano o li integrano pregiudica l'applicazione in Irlanda dell'articolo 40.3.3 della Costituzione irlandese”.

⁸⁸ Qui rimando alle riflessioni espresse da M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 792 ss. Evidenzia le molte problematiche G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G. F. FERRARI (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001, 1 ss.

⁸⁹ Felice espressione usata di G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, *Quaderni costituzionali*, 2006, 7 ss.

dottrina vengono indicate, “istituzioni contro la discriminazione razziale” o equality bodies. La nozione di diritto soggettivo per quanto alla prova dei fattori esaminati risulti in parte non più capace di “spiegare” le nuove complessità legate alla tutela dei diritti, al momento, non appare però sostituibile, rappresentando ancora non solo lo schema base sul quale sono riconosciuti i diritti nelle Costituzioni contemporanee, ma lo scudo essenziale capace di assicurare loro protezione, almeno a livello nazionale. Del resto la categoria in questione è frutto di elaborazioni che hanno accompagnato importanti conquiste giuridiche e che si basa sul passaggio dal riconoscimento di privilegi alla vera e propria tutela di diritti esigibili di fronte ad un giudice nei confronti dei privati, ma anche dello Stato.

La “crisi” della categoria non rappresenta in sé e per sé un dato negativo, accompagnandosi in qualche modo ad una nuova vitalità, sebbene in interazione con fenomeni giuridici che esulano dagli schemi consueti. Può intravedersi un concetto diverso che sta scavalcando nel linguaggio anche giuridico quello dei diritti? Si potrebbe dire che c'è e la conseguenza è proprio la crisi delle definizioni elaborate dal costituzionalismo. Certamente mai come oggi risulta essere valorizzata l'emotività racchiusa nel termine diritti e l'estrema capacità di riflettere la cultura individualistica e antropocentrica, come ha sintetizzato Peces Barba. Un ulteriore elemento problematico dello scenario che si è proposto è l'assenza di un'autorità di governo unitaria. A tale lacuna si abbina una pluralità di organi giurisdizionali, e non, chiamati a svolgere la propria azione in modo per così dire “trans-territoriale”. Da qui la possibile indecisione per esempio sull'individuazione certa del giudice competente o sul contenuto della tutela offerta, di modo che i diritti riconosciuti rischiano di rivelarsi effimeri, appena varcata la soglia della Corte Edu. Rimane dunque ferma più che mai la necessità della massima attenzione per la tenuta del sistema giuridico legata, innanzitutto, al fatto che le prove di collegamento e cooperazione, che avvengono tra giudice europeo e nazionale, possano essere ricondotte a sistema (o almeno armonizzate), e non annacquino la forma di governo prescelta democraticamente.

Al di là dell'eccessivo uso retorico che è stato fatto di questa espressione e, soprattutto del fortissimo euro-scetticismo che si accompagna alla crisi economica che ha travolto i Paesi dell'Unione, ci si potrebbe chiedere, a conclusione delle riflessioni e delle analisi che si sono condotte, se emerga l'idea di una costituzione europea dei diritti complementare, per quanto parziale, a quelle nazionali. I rapporti tra Corte Edu e Corte di giustizia, inizialmente inesistenti e poi connotati da una crescente reciproca attenzione (5), cambieranno certamente quando, in base alle procedure gravose previste all'art. 218 del Trattato di Lisbona, l'Unione deciderà di aderire alla Convenzione, come dimostrano già i casi in cui la Corte Edu si è pronunciata su atti comunitari. Si è detto giustamente che tale adesione, i cui risvolti sono sia difficili da

immaginare, quanto inutili da classificare in schemi ordinatori destinati a una vita brevissima, chiude un cerchio, allargando ulteriormente lo spazio di tutela. Tuttavia, aggiungo io, rischia di creare anche un cortocircuito di tutele che necessitano di essere ordinate se non gerarchicamente, almeno per competenza, evitando una Babele di tribunali e di pseudo diritti.

L'instabile equilibrio. In questo studio si sono voluti tratteggiare, più nel particolare, quelli che ci sono parsi i problemi maggiori per l'ordinamento costituzionale legati alle peculiarità e alle implicazioni della tutela dei diritti attuata dalla Corte europea di Strasburgo. Posto che i fenomeni collegati alla contemporanea tutela dei diritti sono inarrestabili, non rimane che vagliare possibili misure idonee ad assicurare la massima efficacia di tale tutela nei singoli ordinamenti costituzionali.

Si sono brevemente ricordati gli anni in cui la Convenzione entrava in vigore proprio per sottolineare l'importanza del primo documento internazionale che si impegna non solo a proclamare

i diritti, ma anche a proteggerli. Una protezione, si è detto, imperfetta e indiretta che dal 1998 si trasforma, divenendo sempre più pervasiva, come si è cercato di descrivere nel saggio. La tutela

assicurata dalla Corte europea da un certo momento storico in poi ha superato i modelli fino ad allora conosciuti dal diritto internazionale, per svilupparsi secondo uno schema inedito il cui successo non è solo misurabile nell'eccezionale quantità di ricorsi che la Corte riceve, ma anche nell'azione di presidio svolta, sin dall'inizio, a difesa del divieto di trattamenti disumani e del diritto alla vita, denunciando all'opinione pubblica i peculiari "buchi" di tutela degli ordinamenti europei. I motivi di inquietudine e dell'instabile equilibrio tra Corti nazionali e Corte Edu è da rintracciare in primis negli effetti delle pronunce europee. Non è infatti l'equa soddisfazione, comminata agli Stati dalla Corte in caso di accertamento di una violazione della Convenzione, a inquietare. Le fonti di preoccupazione, al contrario, sono legate: a) alle misure strutturali cui la Corte chiede agli Stati di improntare i rispettivi ordinamenti; b) alle condanne che mettono in discussione scelte basilari degli ordinamenti nazionali (penso al divieto di voto per i carcerati nel Regno Unito); c) così come alle fughe in avanti volte soprattutto a uniformare il riconoscimento di diritti controversi, come li si è chiamati. Diritti cioè che prendono forma e contenuto nell'interpretazione evolutiva della Corte (permeabile alle rivendicazioni, condivisibili o meno, dei ricorrenti), ma che, come si è detto, non erano conoscibili al momento delle ratifiche da parte dei singoli Stati della Convenzione. Quali spiegazioni esistono per questa situazione? Certamente la *vis* espansiva dei diritti, ma non credo possa bastare a spiegare le proporzioni acquisite dal fenomeno. Una seconda che è riaffiorata costantemente nella trattazione del tema è la difficoltà che vive il legislatore nazio-

nale nel rispondere alle rivendicazioni avanzate dai cittadini che si rivolgono ai giudici di Strasburgo, cercando una sponda che possa propiziare il passaggio delle proprie rivendicazioni alla sfera delle categorie giuridiche. I motivi alla base di questo deficit, comune a molti ordinamenti, sono molteplici e non sono certamente imputabili solamente ad incapacità o immobilismo della classe politica. Del resto gli stessi studi sulla prassi degli organi costituzionali mettono in luce una forte diminuzione della funzione legislativa dei Parlamenti a favore, per esempio, di quella di controllo.

Diritto contro lo Stato? Come è stato autorevolmente ricordato dal suo Presidente la Corte europea produce diritto contro lo Stato. Mi rendo conto che l'espressione (che non si sovrappone a quella diritti oltre lo Stato che uso nel saggio per indicare i meccanismi di tutela dei diritti oltre i confini nazionali), nell'ottica del diritto costituzionale possa sollevare più di una critica. Invero tanto l'opporre i diritti al potere, quanto il concepirli su un piano universale, sono due caratteristiche che ritroviamo nelle intenzioni della Corte europea, nell'autopercezione, direi, che essa ha di sé, ma che hanno costituito anche la doppia vocazione storica del costituzionalismo. E dunque credo che la formula usata dai giudici per descrivere il contenuto delle proprie decisioni possa essere interpretata in maniera propositiva. Azzardo l'idea che diritto contro lo Stato significhi, in primo luogo, mettere la tutela dell'individuo/ricorrente al centro degli sforzi della Corte europea, partendo dalla corretta presunzione della posizione di maggior forza dello Stato, in secondo luogo che nel diritto contemporaneo i diritti godono, fuori dai confini statuali, di una vitalità impressionante. Come si è cercato di evidenziare, il diritto contro lo Stato non deve trasformarsi da intervento sussidiario, rispetto a quello statale, in attacco polemico a istituti giuridici dello Stato contro cui pende ricorso. In questo caso infatti non è solo il ricorrente che cerca giustizia a "usare" la Corte per portare avanti cause strategiche (e si badi bene non credo che lo si possa biasimare per questo), ma è la stessa Corte che si presta a giocare un ruolo che sa bene non essere il proprio. C'è chi mette in guardia dal pericolo che i diritti da baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere, si trasformino in strumenti di potere. Occorre fare in modo che la lotta per i diritti che in questo periodo storico si gioca in uno spazio dai confini fluttuanti non ottenga come risultato la crisi dei diritti, almeno nell'accezione negativa del termine. Piste di ricerca. Le difficoltà descritte evidenziano solo alcuni dei molti passaggi che richiederanno di essere ulteriormente indagati per ridurre la crisi dei diritti, nel significato che si è dato a tale espressione in questo studio, e cioè in ultima analisi l'incertezza e la difficoltà di mantenere i tratti essenziali del patrimonio costituzionale italiano. Tra queste piste di ricerca mi limito a segnalare: a) la posizione del legislatore nazionale (15); b) la collegata tentazione paralegislativa del giudice comune; c) il tipo di dialogo che la Corte costituzionale, nel discostarsi dal

dettato giurisprudenziale europeo, riterrà opportuno intavolare con i giudici di Strasburgo (16); d) lo sforzo di trasparenza e di rigore nelle motivazioni e, più in generale, il self restraint che la Corte Edu è disponibile a esercitare al fine di evitare di aumentare quella confusione che risulta uno dei fattori di crisi. La Corte Edu va dunque presa per ciò che è sia nel suo complesso, e dunque un esperimento decisamente riuscito di tutela dei diritti per quanto si possa ottenere a livello internazionale, sia nel particolare, come un palcoscenico per riproporre domande di diritti che non trovano risposta a livello nazionale. Poiché il diritto “non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti “, prendiamo dunque davvero sul serio l’affermazione fatta dalla Corte costituzionale in un passaggio della sentenza n. 349 del 2007: “Questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell’uomo”.