



Data di pubblicazione: 26 novembre 2015

Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”

di

Stefania Cavaliere*

Sommario: 1. I “nuovi diritti”. – 2. Sulla ambigua natura dei “nuovi diritti”. – 3. I “nuovi diritti” provenienti dagli ordinamenti internazionale e comunitario. – 4. Ulteriori nodi problematici in tema di “nuovi diritti”.

1. I “nuovi diritti”.

In questi ultimi anni il dibattito riguardante quelli che comunemente, e non senza approssimazione, vengono definiti “nuovi diritti” e il rilievo da essi assunto nel nostro ordinamento si è riproposto con nuova vitalità grazie anche al significativo impulso impresso dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea il medesimo valore dei Trattati rendendola vincolante per le istituzioni e gli organi dell’Unione, nonché per gli Stati membri¹ (e di conseguenza anche per i cittadini), e ha, per così dire, “comunitarizzato” (nel senso che sarebbe utilizzabile nell’ambito del diritto dell’Unione), *ex art. 6 TUE*², la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In considerazione

* Dottore di ricerca in diritto pubblico e cultura dell’economia e docente a contratto di legislazione del turismo presso l’Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ A mente dell’art. 51, le disposizioni della Carta «si applicano alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

² L’art. 6, paragrafo 2, TUE recita: «L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei Trattati. 3. I diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali...fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali». Il Trattato di Lisbona nel consentire l’adesione dell’Unione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sembrerebbe, tuttavia, non equiparare la stessa al diritto comunitario. Sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sulla sua collocazione nel diritto dell’Unione e nel diritto interno, tra gli altri, S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e adesione alla CEDU: Brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA, M. D’AMICO (a cura di), *La*

di ciò, sembra interessante cercare di interpretare le dinamiche di questo fenomeno, tentando di chiarire il significato, in realtà non univoco, della espressione “nuovi diritti”, per poi indagarne la natura e la portata in modo da comprendere, tra l’altro, se il loro catalogo sia in concreto così vasto come sembra e, infine, se realmente possano essere tutti tutelati o tutelabili.

L’espressione “nuovi diritti”, in linea di massima (tenendo conto del fatto che non è possibile fare un discorso unitario e che, come si tenterà di illustrare in seguito, tale attributo è da ritenersi solo convenzionale e potrebbe, in alcuni casi, non essere del tutto appropriato), si riferirebbe a quei “diritti” che non sono esplicitamente menzionati nella Costituzione³, compresi quelli che sembrerebbero non essere immediatamente riconducibili ai “tradizionali” principi del “costituzionalismo” occidentale⁴. Essi sono stati definiti anche diritti di ultima generazione, (sebbene pure questa qualificazione, nel tempo, non sia certo da considerarsi stabile perché non è da escludere che diventi penultima o che, forse, già lo sia diventata) in base a svariate classificazioni che, tuttavia, non attribuiscono loro sempre la stessa posizione gerarchica. Per taluni, infatti, sono da considerarsi di quarta generazione – poiché successivi ai diritti civili e alle libertà, tradizionalmente considerati di prima generazione, ai diritti di partecipazione o politici, qualificati di seconda generazione, e ai diritti sociali ritenuti, invece, di terza generazione – in base a una tesi, per la verità non del tutto consolidata, costruita su una concezione dinamica che suole distinguere gli stessi secondo la loro evoluzione storica⁵. Vi è anche

nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, Milano, 2009, 233 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2011; U. VILLANI, *Sull’efficacia della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 2012; M. RUOTOLO, *L’incidenza della CEDU sull’interpretazione costituzionale. Il “caso” dell’art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 2/2013.

³ Tra i primi ad approfondire compiutamente il tema dei “nuovi diritti”, F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁴ Il costituzionalismo, in tale discorso, deve essere inteso come quello già concretamente realizzato e non come quello astratto e programmatico. Su tale distinzione, F. GABRIELE, *Europa: la “Costituzione” abbandonata*, Bari, 2008, 75.

⁵ N. BOBBIO, come noto, è stato tra i primi studiosi che hanno elaborato una esauriente classificazione teorico-sistematica dei diritti in base alle varie esperienze storiche, sostenendo che gli stessi sono prodotti storici e nascono da bisogni sociali quando storicamente emergono.

chi accomuna i diritti di libertà e di partecipazione in un'unica generazione, di modo che i nuovi diritti vengono considerati di terza generazione⁶; per altro verso, vi è pure chi considera diritti di prima generazione i diritti individuali, di seconda i diritti sociali, di terza i diritti che riguardano la collettività e, infine, di quarta generazione i diritti legati alle biotecnologie e all'informatica⁷.

La questione del fondamento giuridico⁸ di quelle istanze, o di quelle situazioni attive non espressamente menzionate nella Costituzione derivate dall'evoluzione della società e attualmente caratterizzate da un'espansione senza precedenti, comincia ad assumere un certo rilievo intorno alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, quando dottrina e giurisprudenza cominciarono a esaminare la possibilità di rinvenire nel nostro ordinamento norme che potessero giustificare l'introduzione di nuovi diritti, le cui problematiche sono anche collegate a scelte non sempre strettamente scientifiche e al modo di interpretare la Costituzione⁹. Una tesi autorevolmente sostenuta, facendo leva sull'art. 2 Cost. (il quale, come noto, nella ricostruzione del suo contenuto normativo, effettivamente si presta a più interpretazioni, in considerazione anche della sua genesi frutto dell'incontro e della sintesi delle varie posizioni filosofiche, politiche e

⁶ S. MANGIAMELI, voce *Nuovi diritti*, in *Dizionari sistematici de Il Sole 24 ore, Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 433 ss., come anche, F. MODUGNO, *I diritti della terza generazione. La tutela dei nuovi diritti*, in *Parlamento*, 1989, 53 ss.

⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2005, e anche L. FAVOREU, voce *Diritti umani*, in *Enc. Nov.*, in www.treccani.it, 1998, II, il quale, di fatto, aderisce, salvo qualche differenza, alla classificazione elaborata da Bobbio.

⁸ La questione del "fondamento" dei diritti è oggetto di differenti posizioni dottrinali. Per A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"* in *Dir. soc.*, 1991, 455, se il giurista vuole comprendere realmente il "senso" e la "portata" dei diritti fondamentali deve fare i conti con tale problema che può essere chiarito anche facendo ricorso al giusnaturalismo, pur ponendosi nella prospettiva propria delle ricerche di diritto positivo, mentre per M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Padova, 2009, 1055 ss., la ricerca del fondamento dei diritti è logicamente preliminare all'interpretazione di essi, ma sarebbe spesso mal posta soprattutto perché cercare un fondamento metapositivo di questi ultimi sarebbe errato e non necessario.

⁹ In tal senso, S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2006, 3.

dottrinali presenti in Assemblea Costituente¹⁰) e definendo tale disposizione un catalogo aperto¹¹, ha rinvenuto il presupposto dei nuovi diritti proprio nell'articolo appena menzionato perché in condizione, per la sua peculiare formulazione, di recepire le nuove istanze legate all'evoluzione sociale¹². Al contrario, è stata anche avanzata l'ipotesi che l'art. 2 Cost. identifichi una "fattispecie chiusa", in quanto comprenderebbe una sintesi e una mera ricognizione di tutte le libertà contemplate nel testo costituzionale¹³, con la conseguenza che i diritti inviolabili esistenti nel nostro ordinamento non possano essere altri se non quelli costituzionalmente positivizzati perché, in caso contrario, si verrebbero a creare troppe incongruenze e conseguenze negative¹⁴. Vi è pure chi,

¹⁰ Sulla genesi dell'art. 2 Cost., tra gli altri e fra i più recenti, E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 39 ss.

¹¹ P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 368 ss.; A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 243 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Introduzione*, Torino, 2006, 174 ss.

¹² A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 91, rileva la «forza espansiva» delle libertà. L'A., tuttavia, in seguito, in ID. "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 19 ss., ha evidenziato il rischio che oggi si ecceda nell'opposta interpretazione, riconoscendo "nuovi diritti" senza limiti. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 20 ss., invece, sostiene che le disposizioni della nostra Costituzione che disciplinano i diritti fondamentali hanno una potenzialità normativa ampia ed elastica che comprende «qualsiasi ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà giuridica ... propongono come "nuovi diritti"» e l'art. 2 in questo contesto «è un principio espansivo dotato di grande forza maieutica».

¹³ A tal proposito, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 65, evidenzia che le disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali esprimono una potenzialità normativa idonea a ricomprendere qualsiasi ulteriore espressione del valore da esse tutelato.

¹⁴ Ancora P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 54 ss., secondo il quale la concezione dell'art. 2 come fattispecie aperta comporterebbe un ancoraggio degli istituti di libertà al diritto naturale, con la conseguenza di far assumere agli stessi «connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto». A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003, 4 ss., osserva che le ipotesi di diritti non previsti dalla Costituzione sono davvero limitate, perché tali ipotesi rientrano in fattispecie normative concernenti i diritti già riconosciuti dalla Costituzione, oppure perché un loro eventuale riconoscimento potrebbe comportare insanabili antinomie con altre norme

ritenendo insoddisfacenti e poco sostenibili le due concezioni innanzi esposte, ha assunto una posizione intermedia e, presupponendo che i diritti, prima di essere situazioni giuridiche soggettive, costituiscano valori, considera l'enumerazione costituzionale dei diritti «sufficiente a ricoprire potenzialmente tutte le direzioni o aree di libertà praticamente possibili¹⁵» potendosi enucleare (senza un'alterazione del catalogo costituzionale) diritti impliciti, strumentali o trasversali come necessarie o possibili conseguenze di quelli già esplicitamente contemplati nella Costituzione¹⁶. I nuovi diritti sarebbero, insomma, un'evoluzione, una rielaborazione delle «potenzialità espansive del dettato costituzionale»¹⁷.

Così, considerando i valori richiamati dalla nostra Costituzione¹⁸, è stato osservato che, pur non esistendo un esplicito riferimento nella Carta ad alcuni (cc.dd. nuovi) diritti, il Costituente abbia voluto ugualmente tutelarli perché questi ultimi troverebbero in qualche maniera il loro presupposto o fondamento in quelli già positivizzati e, pertanto, anche se inespressi, sarebbero comunque inviolabili¹⁹. L'art. 2, secondo questa

Costituzionali. In questo senso, anche, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 174 ss.

¹⁵ F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 8.

¹⁶ Per P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, 1972, 160, invece, il riconoscimento di eventuali nuovi diritti da parte della Costituzione può essere solo circoscritto a quei diritti che la coscienza sociale ha maturato e che vengono espressamente codificati nel sistema attraverso le leggi costituzionali, quindi l'art. 2, non comprende i soli diritti originariamente accolti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ma si apre a quei diritti che successive leggi costituzionali o di revisione costituzionali eventualmente introdurranno; per M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti*, cit., 1067, l'art. 2 Cost. «deve essere inteso come una sorta di principio-valvola che garantisce la dinamicità del patrimonio costituzionale dei diritti, ma sempre entro le coordinate fissate dal testo».

¹⁷ A. D'ALOIA, *I diritti come immagine in movimento; tra norma e cultura costituzionale*, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XIX.

¹⁸ L. PIROZZI, *Aspetti costituzionalistici dei "nuovi diritti"*, Roma, 2007, 42, evidenzia, invece, che è più opportuno evitare di parlare di valori per «il carattere non poco scivoloso e incerto del terreno sul quale si muove l'interprete... che voglia confrontarsi direttamente con i valori».

¹⁹ A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 79, ha evidenziato che la Costituzione è «una tavola di valori» la

impostazione, rappresenta la garanzia costituzionale dei diritti non espressamente enumerati in Costituzione, ma non deve essere inteso come un «involucro disponibile ad ogni contenuto» perché, mentre costituisce una clausola aperta, è anche delimitato dai valori che i Costituenti effettivamente vollero proteggere²⁰.

La Corte costituzionale ha giocato un ruolo fondamentale nell'elaborazione dei nuovi diritti e, inizialmente, pur giudicando casi che avrebbero anche potuto, in qualche modo, comportare il riconoscimento di diritti "nuovi", ha cautamente preferito aderire alla tesi dell'interpretazione non estensiva dell'art. 2 Cost. dichiarando, nei casi in cui valutava impossibile ricondurre una fattispecie a un diritto espressamente disciplinato dalla Costituzione, l'inesistenza dello stesso²¹. In seguito la Consulta, superando questa impostazione, ha cominciato a riconoscere diritti "nuovi" rispetto al tradizionale catalogo costituzionale, come quello all'identità sessuale, all'abitazione, all'onore, al nome, al decoro, alla riservatezza, all'immagine, alla reputazione, all'intimità, alla rispettabilità, alla vita e così via e, pur non sembrando aderire pienamente alla tesi della fattispecie "aperta" dell'art. 2 Cost., a volte pare aver identificato, insieme a quelli già contemplati nella Costituzione, diritti completamente autonomi, che ha ritenuto ricompresi nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo attraverso un'interpretazione estensiva, sebbene spesso prudente, dell'articolo appena menzionato ma anche di altri articoli della Carta²². Altre volte ancora, ha, invece, individuato nuove libertà che ha considerato

quale prevede una lettura dei diritti enumerati che potenzi le capacità espansive di essi in quanto occorre tenere conto della «consistenza paradigmatica» di questi ultimi.

²⁰ A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, cit., 453 ss.

²¹ Ci si riferisce, ad esempio, alle prime pronunce sull'identità sessuale e sul diritto all'abitazione, rispettivamente Corte cost., sentt. 1/8/1979, n. 98, e 22/2/1983, n. 252.

²² La Corte, di recente (sent. 14/4/2010, n. 138), ha evidenziato la duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, la necessità di interpretarli tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Questa interpretazione, tuttavia, a detta della Corte, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo delle norme costituzionali, modificandole in modo tale da includere in esse fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando furono emanate.

estensioni di diritti già espressamente garantiti nella nostra fonte di vertice²³.

Con l'adesione dell'Italia all'Unione europea, la tematica dei nuovi diritti si è arricchita di singolari problematiche dovute all'affermazione di "nuovi elementi culturali" scaturenti dalle decisioni adottate nelle sedi europee che, inevitabilmente, riguardano tutti gli ordinamenti nazionali e che hanno determinato una situazione di tutela "multilivello" dei diritti, così come è stata comunemente definita²⁴. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il Trattato di Lisbona e soprattutto le Corti europee hanno svolto un ruolo non certo accessorio nello sviluppo e nell'estensione dei nuovi diritti, che rappresentano una specie di risposta al bisogno di protezione degli individui e dei gruppi, scaturito dalle ansie e dalle inquietudini della società e dell'uomo contemporaneo, che negli ultimi anni sembrano aver subito una notevole moltiplicazione. Ciò ha permesso, pure, di superare e rielaborare la questione della lettura "aperta" o "chiusa" dell'art. 2 Cost. e ha dato il via a interpretazioni che hanno comportato, a loro volta, l'emersione di inedite perplessità ma anche di nuove prospettive.

Il tema della ricerca del fondamento dei nuovi diritti, di conseguenza, ha attualmente assunto contorni alquanto diversi, tutti ancora da definire, essendo cambiato completamente il punto di riferimento. Il "processo evolutivo" nell'interpretazione delle norme costituzionali, difatti, ormai, non può prescindere da quanto affermato nelle fonti comunitarie, perché ha comportato una progressiva erosione della sovranità statale a favore delle altre organizzazioni sovranazionali e dell'Unione europea il cui diritto deve necessariamente integrarsi con le norme interne e con gli orientamenti giurisprudenziali consolidati in sede nazionale²⁵.

Diventa fondamentale, pertanto, considerare il modo in cui il diritto comunitario e il diritto internazionale sono stati e sono recepiti nel nostro ordinamento in quanto è ormai essenziale comprendere quale tipo di

²³ Tra le più note, Corte cost., sentt. 12/4/1973, n. 38, e 21/6/1979, n. 54.

²⁴ L'importanza nell'ordinamento interno della giurisprudenza comunitaria è, difatti, amplificata dal ricorso pregiudiziale che comporta una stretta collaborazione tra la Corte di giustizia europea e i giudici nazionali, sia per i profili di legittimità degli atti normativi comunitari che per le questioni interpretative dei trattati e del diritto derivato.

²⁵ Per queste considerazioni, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. dir. pubbl. comm.*, 2005, 79 ss.

copertura costituzionale hanno (se ce l'hanno) i diritti proclamati nelle norme provenienti da quest'ultimo e comprendere come sia possibile che i nuovi diritti previsti nelle convenzioni e nei trattati possano divenire, nell'ambito dei singoli Stati, situazioni giuridiche soggettive direttamente azionabili. Per completare il quadro, peraltro, occorre anche ricordare che vi sono "diritti" pure nuovi che non hanno "copertura" nei trattati o nelle Carte, cioè situazioni attive per le quali non è agevole ricostruire la categoria alla quale appartengano. Questi ultimi comportano ancora altri e maggiori problemi poiché sembra per essi ancora più arduo determinarne il fondamento e soprattutto comprendere se possano effettivamente avere una qualche tutela. L'attenzione degli operatori del diritto, quindi, al fine di trovare i presupposti giustificativi dei nuovi diritti, inevitabilmente si è spostata dall'art. 2 Cost. agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost., e al rapporto, ancora in fieri, tra diritto interno e diritto esterno, che continua a essere tutto da interpretare e da elaborare. Un esempio di quanto appena esposto è da rintracciarsi nella vicenda relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la quale, nel momento in cui è stata solamente proclamata, era formalmente priva di valore giuridico autonomo non essendo stata ancora ratificata, mentre, a seguito della sua ripetuta applicazione da parte delle autorità giurisdizionali europee e nazionali, che si erano avvalse di essa in un certo qual modo per consolidare i nuovi diritti previsti in quest'ultima, ha finito con l'acquisire di fatto l'obbligatorietà che ancora le mancava²⁶, prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁷. Attualmente, l'art. 6 del nuovo TUE ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei trattati, con la conseguenza di allargare i limiti di competenza fissati per le istituzioni dell'Unione e di rafforzare sempre più il ruolo delle Corti europee circa la tutela delle libertà fondamentali, forse svuotando un po' alla volta, ma sembrerebbe, inesorabilmente, quella garantita a livello nazionale. Si comprende, pertanto, come la questione dei nuovi diritti, positivizzati e non, invece di semplificarsi, si sia ancora più

²⁶ A tal proposito, per una disamina della giurisprudenza comunitaria, A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, 427 ss.

²⁷ Ricordiamo le note sentenze cc.dd. gemelle (Corte cost. sentt. 24/10/2007, nn. 348 e 349) che saranno approfondite in seguito.

complicata, e arricchita di problematiche non facilissime da sciogliere, di pari passo con la implementazione strutturale del sistema multilivello creatosi in Europa, che coinvolge e intreccia istituzioni, norme interne e comunitarie²⁸.

2. Sulla ambigua natura dei “nuovi diritti”.

Un altro interrogativo è, forse, da porsi prima di procedere ad illustrare gli articolati rapporti tra diritto interno e diritto comunitario concernenti i nuovi diritti e l’orientamento della giurisprudenza costituzionale e delle Corti sovranazionali. Le nuove istanze elaborate (in gran parte) dai giudici nazionali e transnazionali, spesso espressione di ogni desiderio, di ogni aspirazione umana resa astrattamente realizzabile attraverso il progresso tecnologico e scientifico, che ne consentono una espansione quasi senza limiti, possono essere considerate, tutte, in assenza di un criterio certo e determinato, appartenenti alla categoria dei diritti? L’attuale espansione della proclamazione di nuove istanze/diritti, a volte frutto di una “colonizzazione culturale” da parte delle tendenze vincenti di un determinato momento storico²⁹ (che possono, in vero, comportare il pericolo di sacrificare i principi appartenenti alle tradizioni culturali dei singoli Stati), potrebbe essere considerata una importante espressione di progresso (anche se non sempre il progresso tecnologico corrisponde a quello sociale e morale) e di sviluppo, ma potrebbe anche avere, come paradossale conseguenza, una preoccupante svalutazione/snaturazione del concetto stesso delle libertà (positive e negative) dovuta a un uso inflazionistico dei diritti umani (o presunti tali)³⁰ e a un uso improprio delle

²⁸ Sul rapporto tra le Corti e le Carte europee, con particolare riguardo alla tutela dei diritti, A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2015, 34 ss.

²⁹ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani*, in *Astrid* (www.astridonline.it), 2008, 34.

³⁰ Per M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori: vent’anni dopo*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2010, 5, «l’arricchimento del catalogo è un vero progresso quando le nuove acquisizioni sono coerentemente inserite entro le coordinate di quelle preesistenti, senza accampare pretese assolutistiche», perché bisogna cogliere «il volto di Gorgone del potere che traspare dietro le maschere rassicuranti fabbricate dall’irenismo costituzionale».

conseguenze giuridiche e soprattutto politiche che potrebbero scaturire da essa³¹. Sembra possa rilevarsi, infatti, una diretta proporzionalità tra l'eccessiva espansione dei diritti e la loro inattuazione, dal momento che potrebbero limitarsi l'uno con l'altro (come si approfondirà meglio in seguito). Questi ultimi, inoltre, se proclamati senza che siano effettivamente realizzati e senza che l'ordinamento dia loro una concreta tutela, paiono diventare "pseudo diritti", dotati di incerta, relativa e lacunosa effettività³².

Tale ultima considerazione fa intendere che, a volte, non è del tutto chiaro se quello che viene chiamato (o divulgato come) nuovo diritto sia un diritto in senso proprio oppure sia, invece, solo una semplice situazione (giuridica?) soggettiva. Siffatto dubbio, purtroppo, non sembra destinato a essere sciolto facilmente anche perché le tradizionali categorie di diritti (soggettivi)³³ non parrebbero del tutto esaustive né idonee a distinguere in maniera univoca i caratteri propri dei "nuovi diritti". Nel diritto romano vigeva il principio «*ubi remedium, ibi ius*» (ora ripreso dalla massima inglese «*remedies precede rights*»), per cui i giuristi latini riconoscevano un diritto come tale solo se questo poteva essere tutelato; al contrario, in altri ordinamenti (spesso di *civil law*) vige il principio opposto, «*ubi ius, ibi remedium*», per il quale un diritto esiste già nel momento in cui è proclamato o attribuito esplicitamente dall'ordinamento e proprio in quanto tale è accompagnato da un generale potere di azione a tutela. Si comprende, quindi, come l'elemento determinante che debba possedere un

³¹ Sulle contraddizioni e i rischi dell'espansione dei diritti, soprattutto di quelli scaturenti dal diritto internazionale, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 150 ss.

³² L'ordinamento dovrebbe, infatti, nel caso di una eventuale violazione, predisporre meccanismi risarcitori, così come dovrebbe, se lo stesso diritto si concreta in una pretesa, disciplinare eventuali compiti dello Stato definiti da norme di scopo o da regole di competenza al fine di renderlo effettivo (così F. MANGIAMELI, *Voce Nuovi diritti*, cit., 440).

³³ In generale il diritto soggettivo è qualificato come una situazione favorevole attribuita da norme a soggetti o, meglio, come una situazione giuridica soggettiva attiva prevista dal diritto positivo correlata a una pretesa tutelata dall'ordinamento. Tra i tanti (dibattuti) contributi sul tema delle situazioni giuridiche e del diritto soggettivo, che risale alla scuola giusnaturalista, sorta tra il secolo XVII e il secolo XVIII, A. DI MAJO, *Situazioni giuridiche*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer*, vol. 31, *Diritto II*, Milano, 1972, 445 ss.; M. BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto*, 2005, 7 ss.; R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006.

interesse o una situazione soggettiva per acquisire la “qualifica” di diritto è quanto mai ambiguo e tutt’altro che certo.

Possono, quindi, considerarsi diritti, per esempio, il “diritto a non nascere”, “il diritto a nascere sano” o “il diritto a essere aiutati a morire”? Quando un desiderio privato o un’aspirazione di un gruppo può trasformarsi in un diritto? Appare, a volte, davvero difficile trovare per queste “istanze” delle coperture capaci di dotarle di una veste giuridica che superi l’ambito teorico-filosofico da cui essenzialmente provengono. Le vastissime (a volte, invero, troppe) prospettive contemplate nei “nuovi diritti”, inoltre, fanno in modo che questi ultimi assumano connotati inediti di fattispecie che, sul piano giuridico, non sembrano avere una collocazione ben precisa, diventando una sorta di chimere o istanze neutre, caratterizzate da un’indefinitezza tale da comportare una insufficiente o difficile giustiziabilità, la quale stentatamente permetterebbe di qualificare gli stessi come diritti (soprattutto fondamentali)³⁴, evidenziando davvero molte perplessità sulla loro effettiva natura.

E’ stato anche sostenuto che i nuovi diritti, per essere riconosciuti tali, devono essere necessariamente positivizzati dal legislatore costituzionale (o quanto meno ordinario) «sede per eccellenza espressiva della rappresentanza» e dell’incontro tra le forze politiche di opposto schieramento, dove si dovrebbe avere la migliore garanzia che i “nuovi” diritti riflettano davvero bisogni dell’uomo³⁵.

³⁴ Per A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismi*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, 47, «la concreta possibilità di tutela giudiziaria consente di far ritenere all’interprete che non di una mera aspettativa politica si tratti, ma di una vera e propria situazione giuridica soggettiva». Invece, per G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle più recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, 432 ss., si possono avere diritti (fondamentali), come quello alla pace, anche non direttamente giustiziabili poiché, ci sono altri strumenti, non solo giurisdizionali, di attuazione e di concretizzazione di essi. Anche per A. D’ALOIA, *I diritti*, cit., *Introduzione*, XXII, l’identificazione di un diritto solo con il rimedio giurisdizionale appiattisce la dimensione complessa dei diritti e ancora oggi si può notare che alcuni di essi, senza dubbio da ritenersi fondamentali, manifestano una limitata azionabilità giurisdizionale.

³⁵ A. RUGGERI, *Il diritto “vecchio” e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 1/2012, 17, anche per M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti*, cit., 2068, per i diritti non sono sufficienti “fondamenti para-positivi”.

Molti dei diritti in oggetto, tuttavia, anche alcuni di quelli riconosciuti nelle Carte, sembrerebbero essere vuoti e retorici, poco o quasi per nulla efficaci, non essendo semplice individuare né chi sono i titolari, né quale è l'effettivo oggetto della tutela. Si pensi, per esempio, al "diritto allo sviluppo", al "diritto sul patrimonio comune dell'umanità", al "diritto alla ricerca del benessere", nelle cui fattispecie l'ampiezza del contenuto³⁶, la indeterminatezza rispetto ai soggetti destinatari³⁷ e la vaghezza rispetto ai soggetti obbligati³⁸ vanificano la loro effettiva portata³⁹ rendendoli solo dichiarazioni solenni, senza concreto valore giuridico.

Tali interrogativi rappresentano alcuni dei problemi, si potrebbe dire, strutturali e più rilevanti di quei diritti chiamati delle generazioni future e di buona parte di quelli scaturiti dalle dichiarazioni internazionali, per i quali, proprio una certa indeterminatezza, diventa una caratteristica irrinunciabile in quanto nelle Carte o nelle proclamazioni internazionali vengono predisposte norme vaghe o, se così possono essere definite, "rarefatte", per permettere a un maggior numero di Stati di aderire a esse.

Non sempre, poi, come già anticipato, diritti che paiono nuovi, si possono definire effettivamente tali per il nostro ordinamento poiché è anche vero che un aspetto delle mille "sfaccettature" di cui spesso sono composti i "diritti nuovi" potrebbe pure essere compreso nella struttura dei diritti "classici" e quindi i primi potrebbero, in qualche maniera, essere inclusi nei secondi⁴⁰. Sembra, infatti, difficile non notare che molti di quelli considerati nuovi, in realtà, possono essere dedotti in via interpretativa da disposizioni costituzionali, rappresentando un aggiornamento, una

³⁶ Non si comprende se lo sviluppo sia quello economico, se quello sociale, quello culturale, quello scientifico, quello politico; se il patrimonio riguardi quello culturale, ambientale o sociale; se il benessere sia quello economico, fisico o psicologico, ecc.

³⁷ Non è chiarissimo se i soggetti destinatari siano gli individui, gli Stati, le Nazioni, i popoli oppure le generazioni future, le quali, tuttavia, non appaiono neanche in grado di esprimersi.

³⁸ Non si comprende se obbligato sia il singolo Stato, oppure la comunità internazionale o le istituzioni transazionali o tutti gli individui o la società civile o addirittura gli stessi titolari del diritto.

³⁹ Per queste considerazioni, L. PIROZZI, *op. cit.*, 123, 124.

⁴⁰ Per es. il diritto al patrimonio comune dell'umanità potrebbe rientrare nell'art. 9 Cost.

ridefinizione del contenuto di questi ultimi oppure “traduzioni moderne”⁴¹ dei diritti tradizionali, comunque, sempre collegati ai valori costituzionali⁴² o strumentali al godimento dei diritti già codificati. Così, per esempio, i diritti legati a *internet* (come il diritto di accesso alla rete⁴³), troverebbero, senza troppe forzature e difficoltà, fondamento nell’ambito del diritto all’informazione garantito dall’art. 21 Cost.; mentre il diritto all’identità sessuale potrebbe ancorarsi al diritto all’identità personale tutelato dall’art. 2 Cost. ovvero alla libertà personale affermata nell’art. 13 Cost. «generatrice di una serie di diritti, indipendentemente dalla analitica previsione costituzionale»⁴⁴; così come il diritto alla riservatezza o *privacy* costituirebbe uno sviluppo della libertà di domicilio *ex art.* 14 Cost. e della libertà e segretezza della corrispondenza tutelata dall’art. 15 Cost. Il diritto all’ambiente salubre potrebbe ricondursi all’art. 32, primo comma. Cost.; i cc.dd. diritti dei minori e degli anziani potrebbero agevolmente collegarsi all’art. 3, secondo comma, Cost.; allo stesso modo, non sembra peregrino trovare il fondamento del diritto all’immagine negli artt. 2 e 13 Cost.; mentre “il diritto alla pace” potrebbe essere ricondotto all’art. 11 Cost.⁴⁵. Non è infrequente, infatti, che i termini e le regole costituzionali possano subire un’interpretazione evolutiva e, in base a questa, anche

⁴¹ Il diritto costituzionale è in continua dialettica con la storia, le dinamiche attuali e il futuro, così come evidenzia G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 81 ss., il quale afferma che «la storia costituzionale... è la continua rielaborazione delle radici costituzionali dell’ordinamento che ci è imposta nel presente dalle esigenze costituzionali del futuro».

⁴² Per A. D’ALOIA, *I diritti*, cit., *Introduzione*, XVIII, i diritti in questione «non sono diritti “nuovi”, fondati su incerti referenti valoriali ‘esterni’ al dato costituzionale, ma nuove formulazioni, nuove proiezioni ... di un materiale che è sempre e pienamente riconducibile alla Costituzione nel suo ‘volto’ positivo ed espresso».

⁴³ A tal proposito occorre segnalare che nel settembre 2012 il Giudice di pace di Trieste ha riconosciuto il “diritto a essere connessi”, condannando una compagnia telefonica a un risarcimento del danno non solo patrimoniale, ma anche esistenziale per disservizi che impedivano la connessione a internet.

⁴⁴ Così, F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., 12.

⁴⁵ Anche se per questo diritto non tutti sono concordi riguardo il suo fondamento costituzionale. A tal proposito, tra gli altri, L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli, 1990, 176, e, più di recente, M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010.

eventualmente allontanarsi dal significato che hanno voluto attribuire i padri Costituenti i quali con ogni probabilità non avevano affatto preso in considerazione talune situazioni giuridiche, che, solo in seguito, sono scaturite da un'operazione ermeneutica⁴⁶.

Bisognerebbe, forse, considerare che, in effetti, le ipotesi di “veri” nuovi diritti, a conti fatti, siano assai più limitate di quanto si potrebbe pensare poiché, spesso, questi ultimi o rappresentano lo svolgimento aggiornato di “vecchi” principi rimasti comunque «identici a sé nella loro essenza di valore»⁴⁷ oppure in realtà non sono propriamente catalogabili come diritti (soprattutto di rango costituzionale).

Anche la Corte costituzionale sembra confermare questa tesi poiché continua, di fatto, a limitare le ipotesi dei diritti in oggetto, rilevando in molte sue sentenze che possono essere riconosciuti come diritti (nuovi) nel nostro ordinamento solo quelli non confliggenti con i principi e i valori contenuti nella nostra Costituzione e quelli che non decurtano la portata (o vanificano l'essenza) di quelli già esistenti, in quanto l'integrazione del catalogo, inevitabilmente, determina un'alterazione degli stessi⁴⁸.

Non tutti i diritti *de quibus*, poi, sembrerebbero avere la medesima valenza atteso che non è del tutto scontato che quelli proclamati nelle varie Carte internazionali (o anche quelli dedotti in via interpretativa da queste ultime) e a maggior ragione quelli che non hanno copertura nei Trattati, abbiano la stessa “forza” giuridica dei diritti espressamente inclusi nel catalogo costituzionale⁴⁹.

⁴⁶ In R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 67, si fa riferimento al fenomeno noto come eterogenesi dei fini che si riferisce alla possibilità che l'azione umana (i testi elaborati dai Costituenti) realizzi scopi diversi dai fini che l'agente si era proposto (la creazione di diritti nuovi, non previsti al momento della scrittura del testo).

⁴⁷ A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di P. Grossi*, Milano, 2012, 6, e in questo senso, anche A. RUGGERI, “Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione”, in *Pol. dir.*, n. 2/1993, 196 ss.

⁴⁸ Per R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2007, 1, i diritti «sono “a somma zero”, nel senso che ogni progresso nel riconoscimento di un diritto o nella garanzia di una libertà comporta un regresso nel riconoscimento di un altro diritto o nella garanzia di un'altra libertà».

⁴⁹ L. PIROZZI, *op. cit.*, 38, si pensi, inoltre, ai diritti sociali e alle esigue garanzie apprestate per loro dalle varie norme internazionali e anche all'eccessivo rigore dei limiti posti alle

Non è facilissimo, infatti, (anzi a volte sembra davvero non possibile) “innestare”, se così si può dire, i primi nei secondi. Vi è, a tal proposito, chi, ha fatto notare, con argomentazioni da non trascurare, che i diritti previsti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea non sembrerebbero avere la struttura tipica di diritti soggettivi pubblici⁵⁰, in quanto, a mente dell’art. 51 della stessa Carta, i primi si applicano (innanzitutto) nei riguardi delle istituzioni, degli organi dell’Unione europea e degli Stati membri. Questa circostanza, e cioè il fatto che la Carta sopra menzionata, a differenza di quanto previsto nella Costituzione, in effetti, non obblighi direttamente i cittadini a osservarla, comporterebbe una netta differenza tra i diritti contenuti nella fonte di vertice italiana e quelli proclamati a Nizza, i quali, quindi, non sarebbero capaci di dare vita a un sistema omogeneo e integrato con i diritti costituzionali perché privi della c.d. efficacia orizzontale posseduta invece a pieno titolo da questi ultimi⁵¹. In egual modo, non bisogna trascurare neanche il fatto che i diritti di provenienza sopranazionale (quanto meno quelli che sembrano non avere omologhi nelle varie Costituzioni nazionali) vengono elaborati o, meglio, proclamati presso un’entità (almeno così sembrerebbe), spesso, non eletta democraticamente (anche se riguardo l’Unione europea, il supposto *deficit* democratico è comunque opinabile⁵²) e, per ciò stesso, sembrano porsi come frutto di un potere normativo del tutto atipico rispetto a quello esistente nei

libertà elaborate dalle convenzioni, così come evidenzia G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, VII ed., Padova, 2012, 387.

⁵⁰ I diritti pubblici soggettivi nascono dalle elaborazioni della dottrina giuspubblicistica tedesca del XIX secolo; per un inquadramento generale di essi, E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 791 ss.; critico sull’elaborazione di tale concetto, A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 336 ss.

⁵¹ Così F. S. MARINI, *I diritti fondamentali della CEDU e della Carta dell’unione europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D’ATENA, P. GROSSI, (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 56, e M. CARTABIA, *Art. 51*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. CARTABIA (a cura di), *L’Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, 349.

⁵² Sul punto, F. GABRIELE, *Europa: la “Costituzione” abbandonata*, cit., 133, il quale evidenzia che il *deficit* democratico dell’Unione «può apparire in tutt’altra luce, e perfino discutibile nella sua stessa esistenza, ove si sposti il discorso sulla democraticità del processo decisionale e dei comportamenti “comunitari” degli Stati membri, di per sé di certo, e almeno sotto non pochi profili, “democratici”».

singoli Stati. Aderendo a questa tesi, i nuovi diritti di cui sopra, sarebbero difficilmente assimilabili a quelli contenuti nelle Carte e nelle norme positive statali e comporterebbero pure dubbi non trascurabili circa l'effettiva esistenza del principio della riserva di legge, importante garanzia per i diritti fondamentali⁵³, pur nella consapevolezza che il diritto europeo e internazionale entrano comunque a far parte del diritto interno *ex art.* 117, primo comma. Occorre tenere presente, infine, che nel singolo Stato di solito i diritti non vengono solo astrattamente riconosciuti, ma possono essere concretizzati grazie all'esistenza di una dimensione organizzativa (predisposizione di apparati operativi, di risorse e di organi in grado di tutelarli) propria di tale Ente (non sempre presente a livello sopranazionale), la quale, se pure non li difenda da ogni possibilità di violazione, li rende almeno (mediamente) "effettivi"⁵⁴.

I nuovi diritti sovranazionali, quindi, avendo tutele e protezioni diverse e di diversa intensità (anzi, per quanto riguarda i diritti sociali spesso la tutela internazionale sembrerebbe inferiore e non certo paragonabile a quella predisposta dal singolo Stato) rispetto a quelli che si potrebbero definire interni, parrebbero non avere la stesse "qualità" dei "vecchi" tanto da poter essere considerati solo con molta difficoltà appartenenti alla "categoria" dei "veri e propri" (tradizionali) diritti (ammesso che effettivamente si possa parlare ancora di una tale "categoria") dotati di tutti i (classici) caratteri propri di questi ultimi. Accade, poi, addirittura, che a livello internazionale i diritti (anche quelli che si ritengono o, almeno, dovrebbero ritenersi) fondamentali sotto pressioni economiche e mercantili, comincino a essere considerati come "titoli" da scambiare, mettendo a "dura prova" anche la loro inviolabilità, che, invece, è considerata e, dovrebbe essere, un elemento fondamentale e

⁵³ La Corte costituzionale con sentenza 8/10/2012, n. 230 ha evidenziato che la tutela di un diritto fondamentale proveniente da un organo democraticamente legittimato sarebbe di per sé più intensa rispetto a quella proveniente da un organo estraneo al circuito democratico. In tal senso, F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2013, 10.

⁵⁴ In questo senso, U. ALLEGRETTI, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in *Astrid* (www.astridonline.it), 2002, 3, il quale evidenzia che i diritti solo «particolarizzandosi in un contesto politico, sociale, economico e giuridico definito, possono passare dall'astratto alla vita concreta».

indiscutibile degli stessi. Ciò è quanto mai evidente per il diritto all'ambiente che sembra diventare "commercializzabile" attraverso i cosiddetti "certificati CO2" (quote di emissione dei gas a effetto serra), i quali sono regolati da una precisa normativa comunitaria⁵⁵ e permettono a chi li acquista (possono infatti essere oggetto di compravendita da parte di qualunque operatore, sia esso comunitario o extracomunitario, sia esso un gestore di un impianto che emette gas o un semplice *trader* di certificati) la possibilità di emettere gas inquinanti.

3. I "nuovi diritti" provenienti dagli ordinamenti internazionale e comunitario.

Mentre per quei "diritti" nuovi, spesso legati a istanze/bisogni collegati all'evoluzione della società e scaturenti da situazioni che non trovano una formale positivizzazione in una Carta, appare senza dubbio ancora più complesso trovare il modo di integrarli con il nostro ordinamento, in considerazione del loro ambiguo fondamento e della loro natura opaca⁵⁶, per i "nuovi diritti" di derivazione comunitaria (o internazionale) che trovano un presupposto nei Trattati o nelle Convenzioni, invece, il discorso, anche se spesso alcune tematiche sono comuni a entrambi, appare diverso, sebbene non esente da qualche nodo problematico, esistendo per essi già un "fondamento" in un documento o dell'Unione europea o del diritto internazionale convenzionale.

Se identificare alcuni diritti europei e internazionali come emanazione o sviluppo dei principi o dei valori esistenti nella nostra Costituzione è alquanto agevole, per altri, viceversa, almeno *prima facie*, non paiono esservi "agganci" nelle norme contenute in quest'ultima, nemmeno facendo ricorso a una interpretazione estensiva. Così accade per alcuni (nuovi) diritti di stampo anglosassone legati all'individualismo e

⁵⁵ Dettata dalla Direttiva comunitaria 2003/87/CE del 13 ottobre 2003, recepita dallo Stato Italiano con d.l. 12 novembre 2004, n. 273 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2004, n. 316), successivamente sostituito dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 216, definito come Decreto CO2.

⁵⁶ Si pensi per esempio a quelli che sono stati chiamati diritti senza legge scaturenti da pronunce di giudici nazionali o transnazionali. Per un approfondimento, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consultaonline* (www.giurcost.org), 2015.

all'autodeterminazione⁵⁷ che sembrano mal adattarsi alla dimensione personalista e solidaristica della nostra fonte di vertice mostrando una palese inattitudine a esservi accolti⁵⁸; altri, poi, come alcuni scaturiti a seguito delle nuove scoperte biotecnologiche, sembrano addirittura "fiaccare" invece che tutelare, i valori fondanti della Costituzione quali il rispetto della dignità umana. Queste considerazioni evidenziano l'esistenza di non trascurabili perplessità circa la possibilità per questi ultimi diritti, ammesso che per il nostro ordinamento possono considerarsi tali, di integrarsi con il diritto italiano.

La Corte costituzionale, già dalla fine degli anni '70, ha intuito l'importanza del problema⁵⁹ e, con tecniche interpretative che con il tempo si sono sempre più affinate, ha considerato ed esaminato con particolare attenzione le norme comunitarie e il processo di integrazione europea, rimarcando costantemente la propria funzione di garante supremo dei principi e dei diritti fondamentali della Costituzione italiana. Rilevante è la nota sentenza n. 170 del 1984, nella quale, grazie al precetto dell'art. 11 Cost., si affermò la prevalenza delle fonti europee sulle leggi interne, permettendo ai giudici comuni di disapplicare quest'ultime se contrastanti con il diritto comunitario. Con la sentenza n. 399 del 1987, la Corte sembrò propendere per la prevalenza di quest'ultimo anche sulle disposizioni di rango costituzionale, arrivando poi ad affermare espressamente, con la sentenza n. 388 del 1999, che le garanzie internazionali dei diritti e quelle costituzionali «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione». Quest'ultimo inciso, peraltro, pare di un certo rilievo perché sembrerebbe, da un lato, generare effetti positivi per l'affermazione e l'armonizzazione dei diritti umani provenienti da fonti diverse ma, da un altro lato, anche implicare effetti discutibili, attesa la possibilità di aprire a nuovi percorsi interpretativi che potrebbero modificare di fatto il catalogo

⁵⁷ Come per es. il "diritto a non nascere", il "diritto a nascere sano" e così via. Sui diritti di stampo anglosassone, legati all'individualismo, M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, 635 ss.

⁵⁸ Per L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Persona e danno* (www.personaedanno.it), 2011, si tratta di ostacoli di natura costituzionalistica o di pura coerenza giuridica, che non attengono neanche al diritto naturale o all'etica politica, per i quali si rischia, almeno in qualche misura, di tradire parte consistente della tradizione costituzionale italiana.

⁵⁹ Per esempio, sentt. Corte cost., 30/10/1975, n. 81; 26/10/1981, n. 176, e 26/10/1981, n. 177.

costituzionale senza utilizzare, anzi eludendo e persino violando, il procedimento di revisione costituzionale tracciato dall'art. 138 Cost⁶⁰. La complessità dei problemi sottesi al tema su esposto, con rilevanti e inevitabili conseguenze nelle aule giudiziarie, appare abbastanza evidente leggendo le argomentazioni formulate dalla Corte nelle sentenze che sono state chiamate "gemelle" (anche se, in vero, non perfettamente sovrapponibili), la n. 348 e la n. 349 del 2007⁶¹, peraltro confermate da sentenze successive⁶².

Nelle summenzionate pronunzie, la Corte costituzionale riconosce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (che distingue dal diritto dell'Unione⁶³) una forza passiva superiore alle leggi ordinarie integrando

⁶⁰ Sulla questione, F. GABRIELE, *Ancora sull'art. 138 Cost. come parametro violato (questa volta dal legittimo impedimento)*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2011, e ID., *Riflessioni sulla violazione (e sulla violabilità) dell'art. 138 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, 1591 ss.

⁶¹ Commentata, tra gli altri, da U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it, 2009; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, n. 3/2007, 3564 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, n. 3/2007, 3518 ss.; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2007; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 747 ss.; D. TEGA *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "subcostituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 133 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, n. 7/2010, 955 ss.

⁶² Per un esame della giurisprudenza della Corte successiva all'adozione delle sentenze gemelle, *ex multis*, M. BIGNAMI, *Costituzione, carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 1/2011, 2011.

⁶³ La Corte costituzionale ribadisce che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e di conseguenza deve considerarsi diritto internazionale pattizio capace di vincolare lo Stato, ma non produttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne in contrasto. Per i rapporti tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento*

essa, nel significato attribuitole dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in qualità di «norma interposta», il parametro costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost.⁶⁴ (e non degli artt. 10⁶⁵ o 11⁶⁶ Cost.)⁶⁷, nella parte in cui impone di conformare la legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». Da ciò discende che il giudice comune, se si profila un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve anzitutto verificare, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, la possibilità di interpretare la prima in modo conforme alla seconda e solo se tale verifica dia esito negativo, egli

costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010), Torino, 2011, 189 ss.; A. M. NICO, *Tutela dei diritti fondamentali: primauté, diritto più favorevole e controlimiti*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Loiodice*, II, Bari, 2012, 893 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012.

⁶⁴ Nota A. ANZON, *I tribunali costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Dir. soc.*, n. 1/2010, che l'art. 117, primo comma, Cost., sembra comunque non avere valore autonomo, in quanto «l'impatto del diritto comunitario sul diritto interno possa assumere valore derogatorio della normativa costituzionale non è questione che possa essere risolta in base all'art. 117, ma esclusivamente in base alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 e alle concrete ipotesi da ricomprendere».

⁶⁵ A. CORASANITI, *Protezione costituzionale e protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1993, 604, ha evidenziato che l'art. 10 Cost. rappresenta una «clausola di apertura nello spazio».

⁶⁶ Tra i tanti contributi sull'importanza dell'art. 11 Cost. per l'attuazione del diritto comunitario e le limitazioni di sovranità, L. CHIEFFI, *Commento all'art. 11 della Costituzione*, in R. BIFULCO, M. OLIVETTI, CELOTTO, M. CARTABIA (a cura), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. I, 341 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, 319 ss.; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Milano, 2009, 75 ss.

⁶⁷ Per la Corte «ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di “adattamento automatico”, sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie (*ex plurimis*, sentenze n. 32 del 1960, n. 323 del 1989, n. 15 del 1996)», punto 4.3 del Considerato in diritto, sent. 348/2007; l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale...» e «va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità...» (punto 6.1 del Considerato in diritto, sent. 349/2007).

deve, restando in ogni caso esclusa la disapplicazione diretta della norma interna (e la contestuale applicazione in sua vece della norma convenzionale), denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo un giudizio di legittimità costituzionale in riferimento al summenzionato parametro. Spetterà, quindi, alla Corte costituzionale verificare se la disposizione della Convenzione, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si pone eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione⁶⁸ e dichiarare, se ciò dovesse avvenire, la inidoneità della prima a diventare parametro costituzionale, in modo da scongiurare la contraddizione o meglio il paradosso che una legge venga dichiarata incostituzionale in base ad una norma sub-costituzionale in contrasto con la fonte di vertice italiana e i suoi principi⁶⁹. Tale orientamento è stato confermato dalla Corte costituzionale anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009)⁷⁰ che, comunque, aveva fatto sorgere diversi dubbi circa il valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a causa del tenore letterale dell'art. 6, paragrafo 2, il quale, sancendo, come si è già avuto modo di rilevare, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», ha permesso un'interpretazione di segno completamente opposto rispetto a quella delle sentenze "gemelle". Una parte (peraltro minoritaria) della giurisprudenza amministrativa⁷¹ ha, infatti, sostenuto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, abbia acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati e quindi anche della Carta di Nizza⁷², per cui, in virtù

⁶⁸ «L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile», Corte cost., sent. 348/2007, punto 4.7 del Considerato in diritto.

⁶⁹ A. RUGGERI, *La Cedu*, cit., 2 ss., critica l'impostazione delle sentenze gemelle perché troppo legate a una logica formale, tipica delle fonti del diritto, considerando l'interpretazione della Corte un artificio retorico argomentativo, incapace di fare del male anche perché ritiene difficile l'ipotesi che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa essere giudicata contrastante con la Costituzione; anche R. DICKMAN, *Il rilievo del diritto internazionale dei diritti umani nell'interpretazione costituzionale*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 23/2008, 6 ss., non esprime un giudizio positivo sulle sentenze innanzi richiamate, ritenendo che la Corte si sia spinta troppo oltre.

⁷⁰ Tra queste, per esempio, Corte cost. sentt. 11/3/2011, n. 80, e 12/10/2012, n. 230.

⁷¹ Cfr. Cons. di Stato, IV, 2/3/2010, n. 1220, e TAR Lazio, II bis, 18/5/2010, n. 11984.

⁷² La Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei trattati poiché l'art. 6, paragrafo 1, recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti

della primazia del diritto comunitario, i giudici nazionali sarebbero stati legittimati alla non applicazione delle norme interne contrastanti con essa ai sensi dell'art. 11 Cost. E' stato, tuttavia, evidenziato che, se è vero che il Trattato di Lisbona consente l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è vero anche che quest'ultima «deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato e che soprattutto non comporterà l'equiparazione della Cedu al diritto comunitario»⁷³ le cui norme potranno essere utilizzate (solo) come “principi generali” del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo invero, secondo questa interpretazione, integra gli estremi di un obbligo internazionale che si pone in posizione intermedia tra diritto originario e diritto derivato con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante giudizio di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale. La questione, tuttavia, non è del tutto esente da incertezze e apre il fianco ad altre problematiche. Vi è, infatti, chi ha fatto notare che la “qualificazione” della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come parametro interposto riposa «su una prospettiva metodica di inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta che prescinde dai contenuti delle fonti in campo»⁷⁴. Sempre secondo tale interpretazione, si scorge l'impossibilità di compilare «un'assiomatica forzosa» graduatoria di documenti che danno il riconoscimento ai diritti, i quali non possono che integrarsi o, come è stato detto, anche confondersi tra loro⁷⁵. Nello stesso tempo non si può non tenere conto che i diritti contemplati dalla Carta di Nizza corrispondenti a quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono assumere

fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». E' da ricordare che non vi è una medesima disposizione per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo stata prevista per essa, invece, solo una mera “adesione”.

⁷³ A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *Nel Diritto.it* (www.neldiritto.it), 2010, II.

⁷⁴ A RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2012, 14.

⁷⁵ A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali*, cit., 10, il quale parla di entropia in particolare circa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto dell'Unione.

significato e portata uguali a questi ultimi, salva una protezione più estesa conferita dall'ordinamento dell'Unione a mente dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6, paragrafo 1, TUE. Ciò finisce per comportare che, di fatto, tutti i diritti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo corrispondenti a quelli della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi tutelati (anche) a livello comunitario, quali diritti sanciti dal Trattato dell'Unione⁷⁶, finendo con l'attribuire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (o comunque alla maggior parte delle sue norme) lo stesso valore giuridico dei trattati. La Consulta, inoltre, preoccupandosi, forse, che il nuovo valore acquisito dalla Carta potesse, attraendo a livello europeo la regolamentazione dei diritti fondamentali, in qualche modo, "svuotare" o modificare il contenuto della Costituzione repubblicana⁷⁷, ha affermato la necessità di un corretto bilanciamento tra l'esigenza di osservare gli obblighi assunti sul piano internazionale e la tutela degli altri diritti di rilevanza costituzionale, che «potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela» (sentenza n. 317 del 2009)⁷⁸, ribadendo comunque che l'impatto sul nostro ordinamento del diritto (nuovo) proveniente dall'ordinamento europeo debba determinare sempre una maggiore (e mai una minore) tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali⁷⁹. Principio, quest'ultimo, previsto anche nell'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui nessuna delle sue disposizioni «può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno»⁸⁰, sebbene lo stesso articolo sembra essere stato inteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un'accezione più restrittiva, essendo stato considerato come condizione per preferire la protezione nazionale di un diritto solo se più estesa⁸¹.

⁷⁶ A. GUAZZAROTTI, *op. ult. cit.*, 2 ss.

⁷⁷ Per un commento delle più recenti sentenze della Corte costituzionale sul tema, V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e jurisdiktionsstaat (i limiti della völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 2/2013.

⁷⁸ Punto 7 del Considerato in diritto.

⁷⁹ Così anche E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., 957.

⁸⁰ Corte cost., sent. 30/11/2009, n. 317, punto 7 del Considerato in diritto.

⁸¹ Interessante a tal proposito, M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionali.it), 2015.

L'interpretazione della Corte costituzionale, tuttavia, sembra preferibile perché, in tal modo, si evita una sterile omologazione dei sistemi di tutela di ciascuno Stato e un appiattimento della ricchezza delle tradizioni giuridiche e culturali di questi ultimi⁸², anche in applicazione dell'art. 4 del Trattato di Lisbona dove espressamente si afferma che l'Unione si impegna a rispettare l'identità nazionale e a tutelare "l'unità nella diversità". Pare, invero, importante la circostanza che i nuovi diritti "creati" dall'UE rispettino le "identità nazionali" al fine di preservare le caratteristiche peculiari degli Stati. Quest'ultimo assunto sembra confermato anche dalla Corte di giustizia europea⁸³, sebbene, considerati alcuni orientamenti rinvenibili nelle sue sentenze, non appaia senza fondamento ritenere che un eventuale rifiuto della Consulta di dichiarare incostituzionale una legge italiana non concorde con un diritto convenzionale contrastante con la Costituzione, potrebbe, invece, essere valutato dalla stessa Corte di giustizia europea come una violazione degli obblighi convenzionali da parte del nostro Paese. A questo proposito non si può fare a meno di evidenziare che una delle sfide più difficili per l'Unione e per gli Stati membri è proprio quella di riuscire a trovare un equilibrio tra il diritto comunitario e quello nazionale, nonché tra i due differenti livelli istituzionali armonizzando le diversità. Per raggiungere questo obiettivo si

⁸² Parla di «meravigliosa ricchezza della diversità» P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 146.

⁸³ La Corte di giustizia europea sembra non trascurare l'importanza delle tradizioni culturali e costituzionali di ciascuno Stato così come è evidenziato nella causa *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien* (causa C-208/09), del 22/12/2010, in cui la stessa è stata chiamata a pronunciarsi su una legge austriaca che vieta di aggiungere al cognome suffissi che indichino titoli nobiliari. Il Giudice europeo, pur riconoscendo che il cognome costituisce elemento costitutivo dell'identità personale e della vita privata secondo l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che il costringere un individuo a portare un nome differente nello Stato in cui ha la cittadinanza può rappresentare un ostacolo alla libera circolazione e al suo diritto di stabilimento, ritiene comunque che, in questo caso, la restrizione sia giustificata perché nella storia nazionale austriaca la legge sull'abolizione della nobiltà costituisce un elemento dell'identità costituzionale di quello Stato e quindi entra nel bilanciamento con il diritto alla libera circolazione garantito dal Trattato; a tal proposito, L.VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali, sviluppi recenti*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 1/2012, 7.

potrebbe pensare, per esempio, di affidare all'Unione europea la predisposizione di interventi di carattere generale sui diritti⁸⁴ e attribuire, invece, agli Stati la facoltà di dettagliare e attuare questi ultimi, al fine di adattarli alle peculiarità e al patrimonio culturale di tali Enti perché non è pensabile, neanche con il nobile fine di realizzare l'unità e di creare un unico *demos* europeo, parificare le diverse tradizioni e le diverse culture dei vari Stati che si manifestano anche (e soprattutto?) attraverso i singoli diritti previsti nelle differenti normative nazionali⁸⁵. Nello stesso tempo, è stato anche evidenziato che, per risolvere il problema ora esposto e per regolare e mediare i rapporti tra i diversi livelli istituzionali, si dovrebbe concedere maggiore spazio al principio di sussidiarietà⁸⁶ (già largamente adoperato in sede comunitaria) il quale, in vero, in questo ambito, non ha ancora ricevuto l'opportuna applicazione e valorizzazione sebbene sia stato ampiamente richiamato pure dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁷. Una soluzione a questo problema è senz'altro auspicabile poiché sembra non senza fondamento il "rischio" che alcuni nuovi diritti (per esempio, il "diritto a nascere sano" o il "diritto a morire") non solo, come già evidenziato, mal si conciliano con il nostro ordinamento, ma, essendo fondati su principi quali l'autodeterminazione o l'individualismo, potrebbero persino avere la "forza" per indebolire o addirittura contrastare

⁸⁴ Tali interventi generali per M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 457 ss., dovrebbero riguardare il nucleo indefettibile dei diritti umani nato da quell'esperienza che l'A. definisce elementare universale (quindi comune a tutti gli uomini).

⁸⁵ Non si può escludere che tra le cause del fallimento della c.d. Costituzione europea potrebbero, in fondo, ritrovarsi anche queste motivazioni e quindi l'assenza di una vera e propria "Nazione europea". Per un'ampia analisi delle ragioni che hanno comportato l'abbandono del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e in generale sul progetto sotteso all'adozione dello stesso, per tutti, F. GABRIELE, *Europa: la "Costituzione"*, cit., 245 ss.

⁸⁶ P.G. CARROZZA, *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in P. G. GRASSO (a cura di), *Europa e Costituzione*, Napoli, 2005, 129 ss.

⁸⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo richiama il principio di sussidiarietà sia nel Preambolo, sia nell'art. 51, paragrafo 1, il quale recita «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze».

il carattere sociale repubblicano⁸⁸. In altre parole, potrebbe accadere che alcuni nuovi diritti di derivazione comunitaria possano minare l'ambito di godimento degli altri già esistenti attraverso un'ambigua modifica della trama e dell'impianto voluto dai padri costituenti per la nostra fonte di vertice, con sviluppi quanto meno preoccupanti. Ciò anche in considerazione che del (pur severo) vincolo interpretativo attribuito alla giurisprudenza comunitaria non sembra esserci alcun riscontro, nelle norme della Convenzione, le quali, invece nulla impongono in merito, mentre l'art. 46 di quest'ultima pare limitare l'ambito soggettivo degli effetti delle pronunce solo nei confronti dello Stato parte della controversia⁸⁹. Come se non bastasse, anche l'ultima parte del già menzionato art. 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea pone intricate problematiche circa sovrapposizioni e intrecci, non solo di fonti, ma anche di giudici⁹⁰ (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia europea e Corti costituzionali nazionali), quando dichiara: «La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Date queste premesse e gli incerti contorni tra diritto internazionale convenzionale e diritto dell'Unione europea⁹¹ non sarebbe, infatti,

⁸⁸ Per una disamina delle differenze tra i principi informatori degli ordinamenti anglosassoni - in particolar modo quello americano - e quelli della nostra Costituzione, L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, cit., 9 ss.

⁸⁹ Sul fondamento del vincolo interpretativo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, tra i tanti contributi, M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, n. 2/2008, 204 ss., e C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale*, cit., 3524 ss.

⁹⁰ La Corte di giustizia europea ha progressivamente mutato la propria giurisprudenza assumendo la funzione di garante del rispetto dei diritti fondamentali in ambito comunitario e ha affermato già alla fine degli anni sessanta che questi ultimi fanno «parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza» (sent. E. Stauder, 12 novembre 1969, causa 29/1969).

⁹¹ Per una ricostruzione dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia europea, M.E. GENNUSA, *La Cedu e l'unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 91 ss.; invece, sulle conseguenze dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona su Carta di Nizza e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010, 159 ss.

un'ipotesi troppo remota la concretizzazione di conflitti scaturiti da eventuali giudizi divergenti⁹². Tale situazione, comunque, ora ancora più accentuata da quanto sancito nell'art. 52, paragrafo 3, si era già manifestata in applicazione della teoria della c. d. *incorporation*⁹³ elaborata alla fine degli anni ottanta, quando l'Unione, che più volte aveva stabilito che la tutela della Corte di giustizia europea dovesse rivolgersi (solo) nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni, cominciò a espandere le proprie competenze relative all'applicazione dei diritti fondamentali anche nei confronti degli Stati membri. I giudici di Lussemburgo si attribuirono così la possibilità di influenzare la giurisprudenza dei singoli Stati, anche se, il più delle volte, le Corti sovranazionali avevano (hanno) la possibilità di garantire i diritti, soprattutto quelli sociali, solo di riflesso e non direttamente come invece possono fare quelle nazionali⁹⁴. Non è neanche da ignorare che, *ex art.* 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i giudici nazionali hanno la facoltà di applicare la giurisprudenza comunitaria (costituente

⁹² In tal senso, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 44 ss. Per S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla Cedu: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 239 ss., invece, la Corte di giustizia europea difficilmente potrà discostarsi dagli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁹³ Secondo la dottrina dell'*incorporation* la Corte di giustizia europea si attribuisce il potere di valutare la compatibilità degli atti nazionali, oltre che di quelli comunitari, con i diritti fondamentali da essa elaborati in due casi: quando gli stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie e quando gli stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche garantite dai trattati, con il limite, tuttavia, di non estendere il suo sindacato agli atti delle autorità statali che riguardino materie del tutto estranee al diritto comunitario (così, Corte di giustizia europea, decisione 11 luglio 1985, cause 60 e 61/1984, Cinetheque e ordinanza C-328/2004, Attila Vajnai).

⁹⁴ Come si deduce, per esempio, dal caso *D. c/o. Regno Unito*, 2 maggio 1997, mentre la nostra Corte può agevolmente pronunciarsi sul diritto costituzionale alla salute, la Corte europea dei diritti dell'uomo può garantirlo solo di riflesso, nella misura in cui la sospensione delle cure terminali allo straniero da espellere si traduce in un provvedimento inutilmente e gravemente afflittivo, che scatta, pertanto, solo come corollario del divieto di infliggere, anche indirettamente e non intenzionalmente, trattamenti disumani all'individuo.

attuazione del diritto dell'Unione) in luogo della norma interna ritenuta in contrasto con la Convenzione, quando il diritto elaborato dalla Corte di giustizia europea previsto nella Carta di Nizza sia corrispondente a un diritto previsto nella Convenzione e possa ritenersi dotato di effetto diretto, anche a seguito di una pronuncia della stessa Corte. Tutto ciò, nondimeno, sembra comportare una limitazione sostanziale della operatività dei principi elaborati nelle sentenze "gemelle" (almeno per i diritti aventi i caratteri sopra indicati), ma nello stesso tempo comporterebbe un diverso utilizzo o uno svecchiamento, se così si può dire, dell'istituto dei controlimiti⁹⁵, che ha avuto e continua ad avere un notevole rilievo soprattutto nella giurisprudenza italiana e tedesca. Esso permetterebbe alla Corte costituzionale di attivare il controllo di costituzionalità sulla legge di esecuzione dei trattati nella parte in cui la stessa consenta l'ingresso nel nostro ordinamento di norme (e quindi eventualmente anche di nuovi diritti) che possano confliggere con i principi fondamentali e supremi o con il nucleo essenziale dei diritti fondamentali inviolabili tutelati dalla Costituzione⁹⁶ affinché questi non subiscano pregiudizio da parte delle istituzioni comunitarie anche in presenza delle limitazioni di sovranità *ex art. 11 Cost*⁹⁷. Rimane dubbio, tuttavia, se il sistema complessivo della tutela dei diritti potrà essere favorito dal complesso sistema multilivello sopra delineato o, se, invece, potrà subire un nocimento dovuto a interferenze tra la giustizia costituzionale nazionale e gli atti delle istituzioni comunitarie o alle troppe sovrapposizioni e mancanze di

⁹⁵ La Corte costituzionale ha richiamato la teoria dei controlimiti in caso di conflitti insanabili tra diritto comunitario e Costituzione italiana già con la sent., 8/11/1973, n. 183. Sui controlimiti e le sue problematiche, tra gli altri, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. un. eur.*, n. 2/2007, 734 ss., che analizza le tematiche scaturenti dalla teoria dei controlimiti, peraltro, oggi sempre meno giustificata, con specifico riferimento alla sentenza n. 102/2008 e all'ordinanza n. 103/2008 con cui la Corte costituzionale ha accettato per la prima volta di sottoporre alla Corte di giustizia europea alcune questioni pregiudiziali.

⁹⁶ Senza dimenticare che neanche l'individuazione dei principi o diritti costituzionali "cedevoli" è senza problemi.

⁹⁷ Anche la Corte costituzionale tedesca, come rilevato nel testo, ha utilizzato e continua utilizzare in maniera più o meno decisa questo istituto per sottolineare il suo ruolo di "garante" ultima dei diritti fondamentali proclamati dalla legge fondamentale (*Grundgesetz*) tedesca.

coordinamento che potrebbero creare rischiose aporie ordinamentali⁹⁸. Probabilmente occorrerà attendere le decisioni delle Corti che scaturiranno dai casi concreti per dare una risposta a questi interrogativi interpretando con più chiarezza la direzione dei mutamenti e sciogliere i possibili e complessi intrecci normativo-istituzionali, anche in considerazione dell'art. 46, paragrafo 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che affida al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il compito di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti degli Stati condannati⁹⁹.

4. Ulteriori nodi problematici in tema di "nuovi diritti".

L'incerta integrazione dei nuovi diritti nel nostro ordinamento, sia di quelli positivizzati nelle Carte e nei Trattati sia di quelli che non lo sono, suggerisce ulteriori riflessioni.

In primo luogo, occorre non dimenticare che, in genere, tutti i diritti hanno un "costo"¹⁰⁰, quanto meno indiretto, e che l'accrescimento del loro

⁹⁸ Per A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il dir. un. eur.*, n. 3/2009, 707 ss., il Trattato di Lisbona «lascia intravedere in prospettiva molteplici importanti effetti: una migliore coerenza complessiva del sistema di tutela paneuropeo dei diritti umani, la risoluzione mediante l'instaurazione del controllo esterno sull'Unione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'annoso problema della responsabilità per violazione dei diritti convenzionali ascrivibile direttamente ad atti comunitari dell'Unione che non necessitano di atti statali di attuazione, il rafforzamento significativo della tutela dei diritti fondamentali in seno all'Unione mediante l'ancoraggio formale al sistema convenzionale».

⁹⁹ Pensiamo, per esempio, a cosa potrebbe succedere nel caso in cui una norma interna, giudicata non contraria alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, magari dalla Corte di giustizia europea, risultasse poi per ipotesi contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in seguito a un successivo giudizio promosso dinanzi alla Corte di Strasburgo.

¹⁰⁰ L'effettività dei singoli diritti si connette a una distribuzione delle risorse economiche, la cui disponibilità deve essere comunque proporzionale all'ampiezza della sfera dei diritti garantiti, così, S. HOLMES, C. R. SUSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, 119 ss., ma anche R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 19

catalogo, non supportato da misure che ne rendano effettivo l'esercizio, può comportare solo una vuota elencazione che finirebbe per avere un qualche rilievo solamente politico o rappresentare semplicemente un obiettivo generale senza alcuna valenza concreta perché non sempre riconoscimento e tutela sono automaticamente collegati e conseguenti. Tale considerazione ha una validità persino maggiore ove si pensi ai diritti sociali¹⁰¹ che comunemente si qualificano come diritti a prestazione pubblica, come pretesa del singolo affinché lo Stato intervenga mettendo in bilancio le risorse finanziarie necessarie per renderli effettivi (pur non potendosi negare che anche la tutela delle libertà cc.dd. negative comporta un costo almeno organizzativo per lo Stato¹⁰²). Come poc'anzi evidenziato, infatti, i diritti comportano oneri finanziari di una certa entità che, invero, fino a oggi potevano, pure con difficoltà, sostenersi facendo ricorso al debito (ammessa, comunque, la possibilità, che tuttavia non è mai stata facilmente attuabile, di superare i vincoli comunitari¹⁰³) e che, nondimeno, nel futuro prossimo, con l'entrata in vigore del novellato art. 81 Cost., probabilmente saranno ancora più condizionati dalle politiche economiche.

e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 12 ss.

¹⁰¹ Sulla presunta "precarietà" economico finanziaria dei diritti sociali e la "inevitabile" relazione tra diminuzione delle risorse e "sacrificio" degli stessi, F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile"!) della Costituzione*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2013; sulla limitatezza delle risorse finanziarie e la concreta attuazione dei diritti fondamentali, M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Milano, 2013; L. CALIFANO, *Relazione di sintesi al XXVIII Convegno AIC*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 4/2013; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 4/2013; S. SCAGLIARINI, «L'incessante dinamica della vita moderna». *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2012.

¹⁰² M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 806, e M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, Padova, 1995, 121 ss.

¹⁰³ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 383 ss., ha evidenziato la (grave) scissione tra la titolarità dello Stato membro a garantire prestazioni sociali e la possibilità, soggetta ai vincoli comunitari, di decidere sulla spesa, in un settore (i diritti sociali) dove «la questione delle risorse disponibili è cruciale». Sull'argomento, anche, V. TEOTONICO, *Finanza pubblica, principi costituzionali e fenomeni reali*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea, I, Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, 63 ss.

Questa situazione, come è ovvio (anche se così non dovrebbe essere), limita e limiterà fortemente l'attuazione dei diritti, comportando per molti di essi, così come è stato rilevato¹⁰⁴, una sorta di "svalutazione"¹⁰⁵, almeno in senso pratico-giuridico, evidenziando un problema complesso e preoccupante: i diritti possono essere subalterni all'economia? Si consideri, per esempio, nell'ambito dei "nuovi" diritti (ma lo stesso discorso potrebbe valere anche per i "vecchi"), il diritto di accedere alla "rete"¹⁰⁶ che dovrebbe comportare la necessità di predisporre una preventiva alfabetizzazione informatica e di consentire a tutti di poter disporre di un *computer*, di una stampante, ecc. Analogo ragionamento potrebbe sostenersi per i così detti diritti riproduttivi relativi a talune forme di fecondazione assistita¹⁰⁷ e a nuove forme di terapie genetiche, che, affinché non rimangano prerogative di pochi (ricchi) privilegiati, necessiterebbero di strutture, mezzi e personale qualificato di cui lo Stato può farsi carico solo con un investimento di un certa consistenza. Il concetto di *sostenibilità*, espressione del principio di

¹⁰⁴ A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 4/2011, 4, evidenzia questa circostanza, rilevando che «la ragione è relativamente semplice: mentre l'elenco dei diritti inviolabili cresce ed essi sembrano infiniti (perché – si badi – giustamente infinite sono le istanze umane), le risorse naturali ed economiche sono tutt'altro che infinite». Il problema dell'effettività dei diritti collegata al loro costo, inoltre, si pone in maniera ancora più seria nel caso dell'affermazione di essi sul piano universale. In tal senso anche, F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 321 ss. Allo stesso modo, non si può non considerare che anche i processi di globalizzazione economica e finanziaria comportano o potrebbero comportare "svalutazione" dei diritti sociali; per tali considerazioni, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012.

¹⁰⁵ Per A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 18, tutti i cittadini, a causa della necessità di soddisfare i titolari del "nuovo" diritto, rischierebbero di vedere ridotte le risorse utili al soddisfacimento dei propri diritti già riconosciuti.

¹⁰⁶ Sul diritto di accedere alla rete, T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2013, 69 ss.

¹⁰⁷ In generale sui problemi relativi alla fecondazione assistita, tra gli altri, L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, 4713 ss., ma anche, più di recente, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2015.

ragionevolezza, è, infatti, inevitabilmente correlato a quello di fattibilità (nell'ambito di un contesto economico e giuridico ben definito), che permette di rendere concreta l'istanza di *esigibilità* del cittadino, e che, in fondo, sembra rappresentare la premessa della vera giuridicità di tali diritti¹⁰⁸. Occorre, tuttavia, anche considerare che questi ultimi, proprio perché sono diritti, non dovrebbero mutare la loro "natura" a seconda della disponibilità delle risorse economiche¹⁰⁹. In parte, anche le sentenze del Giudice costituzionale, non possono essere eseguite senza risorse perché, quasi sempre, gli strumenti di attuazione sono in mano alla politica e all'amministrazione pubblica e dipendono (ancora una volta) principalmente dai mezzi finanziari disponibili¹¹⁰. In tal modo, di fatto, i diritti finiscono col degradarsi a mere aspettative, avvalorando la sensazione che i diritti siano a somma zero¹¹¹ e che più si allarga il catalogo di essi, più essi si "indeboliscono" relativizzandosi la loro tutela¹¹², sia perché il necessario confronto o la concorrenza fra essi comporta un inevitabile restringimento del loro ambito di godimento, sia perché la

¹⁰⁸ In tal senso, A. SPADARO, *I diritti sociali*, cit. 7 ss.

¹⁰⁹ Per F. GABRIELE, *Diritti sociali*, cit., 15, «non può avere condizioni ad esso estranee cui sia subordinato non sembrando neanche diritto quella situazione giuridica soggettiva attiva cui venga dato riconoscimento o concreta realizzazione se e quando vi siano (o, in realtà, siano ritenute esservi) le risorse per le prestazioni necessarie a renderne effettivo l'esercizio».

¹¹⁰ M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO, *Introduzione*, in EID. (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, 2010, 14, affermano che «l'esigibilità dei diritti sociali passa per la giurisdizione solo in via straordinaria, mentre è attraverso l'azione legislativa e quella amministrativa che trova pieno riconoscimento»; in questo senso anche U. ALLEGRETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 5. C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, n. 2/2011, 415 ss., considera con preoccupazione «la perdita di iniziativa se non la paralisi della politica, che è risorsa indispensabile, pur se tutt'altro che esclusiva, per ogni risposta alle questioni di attuazione ed effettivo esercizio dei diritti sociali».

¹¹¹Tra gli altri, su questo argomento, L. PANNARALE, *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Milano, 2002, 19 ss.

¹¹² Utilizza questo termine, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010, 155 ss. Allo stesso modo, non si può non pensare che purtroppo mentre si proclamano sempre più nuovi diritti, in varie parti del mondo si assiste a una vera e propria negazione dei "vecchi" diritti.

scarsa disponibilità di risorse, richiedendo gioco forza un (controverso) bilanciamento tra la soddisfazione dei diritti e il rispetto dell'equilibrio finanziario (pareggio di bilancio), ne potrebbe limitare la portata¹¹³. Analogamente, non si può ignorare che i nuovi diritti comportano anche una sorta di "sfida" o una modifica della portata dei "vecchi" diritti dato che dai primi possono derivare inedite forme di compressione nei confronti dei secondi, come potrebbe accadere per i diritti legati alle nuove tecnologie¹¹⁴ e ai cambiamenti economico sociali¹¹⁵. A tal proposito, si può richiamare, per esempio, il "diritto a nascere sani"¹¹⁶, che le biotecnologie e il progresso potrebbero spingere fino a legittimare veri e propri atti di eugenetica da cui potrebbero conseguire contrasti insanabili tra i diritti dei genitori e i diritti del concepito o del futuro figlio con il rischio di travolgere il principio della dignità umana¹¹⁷. Similmente il "diritto di accedere a *internet*"¹¹⁸ si confronta con il diritto alla riservatezza e con il diritto di iniziativa economica che potrebbero subire pregiudizi o essere compressi dal primo. Similmente, gli stessi dubbi sorgono anche per il diritto all'ambiente, che, spesso, si trova a competere, generando conflitti difficilmente appianabili, con il diritto al lavoro e (ancora una volta) con il

¹¹³ N. BOBBIO, *Introduzione, op. cit.*, XX, ha sostenuto che in un'epoca come la nostra in cui si assiste a una proliferazione di "proclamazioni" di diritti, vi è più che altro l'esigenza di studiare validi strumenti per la tutela di quelli già esistenti anziché aggiungerne altri.

¹¹⁴ L. CHIEFFI, *Il difficile rapporto tra diritto e nuove tecnologie biomediche*, in *Bioetica*, 2012, 613 ss.

¹¹⁵ S. MANGIAMELI, voce *Nuovi diritti*, cit., 440.

¹¹⁶ In generale, sui diritti del nascituro, F. RIMOLI, *Bioetica-diritti del nascituro-diritti delle generazioni future*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2006, 527 ss. Sul diritto a nascere sani, C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2015.

¹¹⁷ A tal proposito, le sentt. Corte cost., 10/6/2014, n. 162, e 5/6/2015, n. 96, sulla fecondazione assistita.

¹¹⁸ Per un approfondimento sui nuovi diritti tecnologici, G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2011; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2011, 367 ss., e M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 4/2012; L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso ad internet*, in www.gruppodipisa.it, 20 settembre 2013.

diritto di iniziativa economica¹¹⁹. Così, l'equazione maggiori diritti uguale maggiore progresso sociale potrebbe non essere sempre vera e, anzi potrebbe verificarsi che, paradossalmente, aumentando il catalogo dei (nuovi) diritti si finisca per limitare o addirittura "corrompere" diritti oramai considerati da tempo inviolabili e irrinunciabili¹²⁰. E' vero che spesso tali situazioni trovano una composizione attraverso l'opera di bilanciamento giurisprudenziale fondamentale e imprescindibile, ma, a volte, è anche vero che quest'ultima può dare vita a complesse problematiche e a non minori insidie¹²¹. Neppure si può omettere di evidenziare che, aumentando il catalogo dei diritti, inevitabilmente si amplierebbe il numero delle controversie davanti ai giudici e che tutto questo obiettivamente comporterebbe un allungamento dei tempi della giustizia, un maggiore impiego di risorse e quindi una conseguente minore tutela per i diritti, dando vita a un paradossale circolo vizioso.

Un'altra complessa questione, che introduce un tema davvero annoso, scaturisce dalla difficoltà di determinare a "chi" spetta o (sarebbe più giusto dire) a chi dovrebbe spettare stabilire se un diritto, ancorché non espressamente previsto nella Costituzione, possa essere compreso tra (e quindi avere lo stesso valore de) i diritti inviolabili garantiti dal nostro ordinamento.

¹¹⁹ Si può ricordare, per esempio, il noto e controverso caso dell'ILVA di Taranto, sul quale, da ultimo, G. BUCCI, *L'Ilva come laboratorio di uno stato neo corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, 83 ss.

¹²⁰ Per M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, cit., 1068, l'eccessiva attenzione per i diritti di derivazione extracostituzionale può paradossalmente peggiorare la qualità della protezione accordata a quelli previsti dall'ordinamento e le sentenze Laval, Viking e Ruffert della Corte di giustizia europea in materia di sciopero e tutela del lavoro, dove si prevede una sostanziale sottoprotezione dei diritti sociali allo scopo di assicurare il migliore soddisfacimento dei diritti economici comunitari, dimostrano la necessità di un atteggiamento di grande prudenza nell'implementazione di nuovi diritti.

¹²¹ In generale sul bilanciamento, tra i tanti, G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 95 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 2008, v. II, t. II, 185 ss. Molto critico sull'attività di bilanciamento, S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 516 ss.

A tal proposito, un aspetto da sottolineare è la circostanza che molti (se non proprio la maggior parte) dei diritti nuovi¹²² sono frutto dell'opera creatrice della giurisprudenza e che questo, sebbene sia una conseguenza quasi inevitabile e per certi aspetti anche necessaria, introduce la questione di quale sia l'ampiezza del potere dei giudici e della correlata funzione creatrice. In altre parole, è conforme ai principi del nostro ordinamento consentire al giudice il potere di supplenza nei confronti del potere legislativo? Questo interrogativo è strettamente collegato anche alla ormai nota crisi del Parlamento che, peraltro, appare sempre più "latitante" e che ormai da tempo, spesso, sembra disattendere il suo fondamentale ruolo¹²³.

I giudici sono chiamati a una attività interpretativa sicuramente indispensabile per concretizzare e attualizzare le finalità della legge, che finisce, fisiologicamente, per creare diritto, tuttavia, nel caso del riconoscimento di un diritto (nuovo) è molto diverso il modo in cui il legislatore e il giudice possono farlo¹²⁴. Il primo impone una regola per il futuro, mentre il secondo produce il diritto, solo indirettamente, risolvendo le controversie sulla base di norme previgenti¹²⁵. Così, mentre la legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si collega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale,

¹²² Sulle problematiche sottese ai così detti "diritti senza legge", A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 10 ss.

¹²³ Sulla perdita di centralità del Parlamento nel sistema politico istituzionale italiano, tra i tanti, più recentemente, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2012, e F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia*, cit. In generale, sulle distorsioni del sistema politico e l'inerzia del legislatore, L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, cit., I, 569 ss.; sulla crisi della legge, tra gli altri, F. MODUGNO, *A mo' di introduzione: considerazioni sulla "crisi" della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano 2001; P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *l'Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2010.

¹²⁴ R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, III, Napoli, 2014, 80 ss., ricorda che le risposte che possono dare il giudice e il legislatore ad una domanda di riconoscimento di un diritto sono profondamente diverse poiché il giudice è confinato entro i limiti impostigli dal principio della domanda, mentre il legislatore può dare al diritto un riconoscimento in via «generale e astratta», producendo una disciplina stabile e non strettamente legata alle condizioni fattuali.

¹²⁵ A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 2, 340 ss.

L'attività normativa - creativa del giudice trova il suo fondamento nella forza della ragione e nell'interpretazione di una fonte. L'interpretazione giurisprudenziale è necessaria per la "vita" stessa del diritto e anche per la tutela di situazioni (nuove) emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo interpretato, ma, non si può dimenticare che è, comunque, sottoposta a una serie di vincoli e di limiti essendo il giudice soggetto (soltanto) alla legge *ex art 101*, secondo comma, Cost.¹²⁶. Sembrerebbe, inoltre, che almeno la maggior parte dei diritti "nati" dall'opera creatrice della giurisprudenza, possiedano un carattere indefinito, ponendosi senza alcun limite¹²⁷, non avendo contorni precisi, salvo quello relativo al caso da cui "provengono"¹²⁸ (che peraltro non può essere facilmente generalizzato), essendo anche caratterizzati dalla fisiologica mutevolezza e instabilità degli orientamenti giurisprudenziali¹²⁹.

¹²⁶ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quad. ass. st. ric. parl.*, 16/2006, 73, evidenzia che l'attività giurisdizionale deve rispettare il principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), deve rispettare le garanzie di imparzialità, la tutela del contraddittorio, la necessaria motivazione delle proprie decisioni e che in fondo in tutto questo si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge.

¹²⁷ A. BARBERA, "Nuovi Diritti", *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 19 ss., ha segnalato il rischio di riconoscere "nuovi diritti" senza limiti.

¹²⁸ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI (a cura di), *Diritti fondamentali*, Bari, 2001, 179; evidenzia la necessità di regole più precise anche M. FORTINO SILVESTRI, *Il soggetto privato di fronte alle "nuove" tecnologie: alcuni profili problematici*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 97 ss.

¹²⁹ Tali diritti possono cambiare al cambiare della giurisprudenza poiché le sentenze hanno natura casistica; si veda, per esempio, la vicenda del diritto alla fecondazione eterologa, nella sentenza del 3/11/2011 della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, caso *S. H. e altri c. Austria*. A tal proposito, tra gli altri, C. NARDOCCI, *La centralità dei Parlamenti nazionali e un giudice europeo lontano dal ruolo di garante dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2012. Per G. SILVESTRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo la Carta di Nizza*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., III, 613 ss., la complessità della situazione sembrerebbe imporre una rivalutazione del concetto tradizionale di certezza del diritto da sostituire con il principio di "certezza della tutela" che non è sinonimo del primo, ma a volte persino in contrasto con esso. L'Autore, inoltre, considera anacronistico nel XXI secolo porre una contrapposizione tra diritto legislativo e diritto pretorio perché ciò corrisponde a moduli concettuali di

Ciò potrebbe far pensare che i diritti in oggetto, per assurdo, potrebbero essere considerati, addirittura, se così si può dire, “più forti” di quelli previsti espressamente nelle leggi o nelle Costituzioni, che, pur proclamando l’inviolabilità delle libertà, indicano anche i possibili limiti cui le stesse possono essere assoggettate e le garanzie a favore dei consociati nell’ambito di un sistema equilibrato di diritti e obblighi.

E’ da sottolineare, comunque, che tale problematica potrebbe essere rilevata, data la già evidenziata genericità e vaghezza delle disposizioni, pure per i diritti proclamati nelle Convenzioni o nei Trattati, sebbene in maniera e con intensità minore poiché queste ultime prevedono pure limitazioni, anche se solo per fini di interesse generale, necessari a una società democratica e solo se confliggono con altri diritti individuali. Vi è anche chi ha fatto notare che l’“illimitatezza” di molti di questi nuovi diritti è evidente se ci si riferisce al contenuto di essi perché “il principio di non discriminazione”, collegato strettamente con il concetto dell’autodeterminazione e, spesso, richiamato dai giudici a supporto di nuove libertà non dedotte o ricavate dai principi costituzionali abbatte qualunque confine e porta le stesse verso quella che è stata definita una “degenerazione utopistica” o una “neutralità giuridica”¹³⁰ avvalorando diritti definiti, addirittura, “insaziabili.

I diritti di derivazione pretoria, quindi, in particolar modo quelli che non paiono facilmente riconducibili alle libertà costituzionali, sembrano possedere caratteri intrinsecamente diversi da quelli goduti dai diritti “nati” nella sede legislativa, costatandosi alcuni peculiari aspetti che, quanto meno, fanno affiorare qualche perplessità. Ciò è evidente soprattutto quando il riconoscimento di diritti (nuovi) elaborati dalla giurisprudenza viene influenzato o ricavato da sentenze di giudici di altri

epoche passate, mentre oggi la rottura degli schemi tradizionali si rende necessaria per dare un’adeguata tutela ai diritti che sempre si rinnovano e si moltiplicano.

¹³⁰ Per tali considerazioni, M. CARTABIA, *I nuovi diritti*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, 638 ss., la quale evidenzia che, per es., nel caso del diritto ad avere un figlio «ogni limitazione all’accesso alle tecniche della fecondazione assistita può essere inteso come limitazione nel 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».

Stati, anche non europei, pronunciate per risolvere questioni analoghe o situazioni paragonabili¹³¹, circostanza che comporta la “creazione” di situazioni giuridiche attive molto controverse scaturite da una scelta che può apparire discutibile e talvolta insidiosa in assenza di criteri oggettivi idonei a stabilire quale ordinamento sia più meritevole di un altro e debba essere scelto come modello. La preferenza di un ordinamento piuttosto che di un altro, potrebbe apparire, infatti, ideologicamente orientata così come potrebbe sembrare costituita appositamente per raggiungere la visione culturale e il risultato voluto dall’interprete senza tenere conto che, spesso, le Costituzioni degli Stati si basano su presupposti diversi e non sempre sono utilizzabili per interpretarsi a vicenda. Un esempio di nuovo diritto, se così può chiamarsi, elaborato facendo ricorso agli ordinamenti stranieri, si potrebbe rinvenire nella nota e dibattuta vicenda Englaro¹³². La Corte di Cassazione italiana, chiamata a pronunciarsi su questa delicata questione, ha riconosciuto il “diritto a interrompere l’alimentazione artificiale”, anche facendo ampi riferimenti alla giurisprudenza straniera (in particolare alla sentenza del 17 marzo 2003 del *Bundesgerichtshof*, Corte di cassazione federale tedesca¹³³ e ad altri pronunciamenti analoghi emanati dalla Corte suprema degli Stati Uniti) rintracciabili nel corso della relativa articolata motivazione. Tutto questo, ovviamente, è stato possibile a causa dell’inesistenza di paradigmi normativi sufficientemente chiari e obiettivi da cui dedurre una regolamentazione certa della fattispecie che la Suprema Corte ha dovuto fisiologicamente interpretare/creare.

Ciò rende quanto mai evidente la necessità di un’armonizzazione dei rapporti tra giudici e legislatore¹³⁴ che non dovrebbero essere oppositivi, ma

¹³¹ Per un approfondimento, G. ZAGREBELSKY, *Le Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2006, 297 ss.

¹³² Corte di cass., sez. I, sent. 16/10/2007, n. 21748. Sulla vicenda, tra i tanti, A. MORELLI, *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, «nichilismo istituzionale» e concezioni della giustizia*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Napoli, 2009, 159 ss.

¹³³ La sentenza di cui sopra è stata emessa in seguito all’istanza di interruzione del trattamento sanitario presentata dal tutore di un paziente oramai in fase terminale, incapace di manifestare direttamente la propria volontà.

¹³⁴ Per R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2013, 11 ss.

costruttivi¹³⁵, in modo da salvaguardare e difendere nella maniera migliore i diritti fondamentali (vecchi e nuovi), nelle loro “viventi” manifestazioni¹³⁶ evitando che possano contrastare, invece che favorire, il progresso sociale e giuridico. Così, se è vero che la legge quale atto politico per eccellenza, volta a disciplinare in modo astratto ed eguale tutti i possibili casi, appare spesso inadeguata a fronteggiare la complessità sociale e se è vero che il giudice con la sua opera interpretativa rende vivo e attuale il diritto, è pure vero che il vuoto di tutela non sempre può essere colmato in via ricostruttiva dal potere giurisdizionale attraverso sentenze¹³⁷, soprattutto là dove si profila evidente l’esistenza di una scelta discrezionale del legislatore in ordine alla struttura e alla costruzione del diritto stesso. Vi deve, pertanto essere «un senso della misura che deve presiedere alle attività che tutti gli operatori (legislatore e giudici) sono chiamati a svolgere, in spirito di reciproca “leale cooperazione” e di autentico servizio alla collettività»¹³⁸. Analogamente, è fondamentale evitare che la creazione di diritti fuori dall’assemblea legislativa e non riconducibili alle libertà sancite dalla Costituzione, possa, come già è stato evidenziato¹³⁹,

¹³⁵ Per P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2012, 14 ss., è in corso una ridefinizione tra diritto giurisprudenziale e diritto legale, caratterizzata da una forte valorizzazione dell’attività interpretativa del giudice. L’A. evidenzia che, comunque, non si tratta di supplenza dei giudici nei confronti del potere legislativo, ma di concorso nella produzione del diritto.

¹³⁶ Sulla necessità di un complessivo equilibrio di ordine istituzionale per ottenere una ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 4/2013, 17 ss.

¹³⁷ P. BARCELLONA, *Le passioni negate, Globalismo e diritti umani*, Troina, 2001, 135 ss., afferma che è “illusoria” la soluzione secondo la quale i diritti fondamentali possono essere arbitrati dal potere giurisdizionale.

¹³⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranaZIONALE e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2014, 40, l’A., in seguito, evidenzia che «dove c’è squilibrio non importa se a discapito di questo o quell’operatore, lì i diritti comunque ne soffrono».

¹³⁹ A. RUGGERI, *Il diritto “vecchio” e i modi del suo possibile svecchiamento*, cit., 17, evidenzia che «l’intraprendenza dei giudici (soprattutto costituzionali, ma anche comuni) avvalorava l’idea secondo cui nella pratica giuridica non parrebbe avvertirsi il bisogno di far luogo allo svecchiamento del catalogo costituzionale dei diritti a mezzo della via tracciata nell’art. 138, a ciò soccorrendo l’opera, ora prudente ed ora coraggiosa, dei giudici stessi». In merito

“bypassare” la Carta e soprattutto l’art. 138 Cost., modificando e ampliando di fatto il catalogo costituzionale dei diritti attraverso sistemi assolutamente non rispettosi del procedimento aggravato voluto dai Costituenti a tutela della nostra fonte di vertice, “architrave” del nostro ordinamento¹⁴⁰. A tal proposito pure la stessa Corte costituzionale ha spesso avvertito l’importanza di fermarsi di fronte alla necessità delle scelte discrezionali del legislatore, facendo notare che ci sono dei casi in cui solo il Parlamento può e deve farsi carico di regolare nuove situazioni giuridiche attive (ovvero nuovi diritti)¹⁴¹. Dello stesso avviso sembra essere, almeno formalmente e magari con altri obiettivi¹⁴², anche la Convenzione europea

alla tendenza (attuale) a modificare la Costituzione eludendo l’art. 138 Cost., F. GABRIELE, *Riflessioni sulla violazione (e sulla violabilità) dell’art. 138 della Costituzione*, cit., 1591, ss.

¹⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 89 ss.

¹⁴¹ Per es. la pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni omosessuali, ovvero, la già citata sent., 14/4/2010, n. 138, dove nel punto 8 del Considerato in diritto, la Corte nota: «Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Sullo stesso argomento, di recente, Corte cost., sent. 11/06/2014, n. 170, dove la Corte ha di nuovo ribadito la necessità e l’urgenza di una disciplina in materia di unioni tra persone dello stesso sesso. Per un approfondimento sui termini della questione, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto garantito alla vita familiare per le coppie in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 1/2010; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline* (www.giurcost.org), 2014. Si veda anche l’ord. 20/5/2012, n. 150, in cui si richiama in maniera esplicita la sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell’uomo del 3/11/2011 dove si afferma l’insussistenza della violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione da parte della legislazione austriaca che vieta parzialmente il ricorso a pratiche di fecondazione eterologa, lasciando allo Stato libertà di regolare tale materia, presenta spunti interessanti in tal senso.

¹⁴² E’ possibile arguire che la Convenzione, nel momento in cui è stata proclamata, per essere ratificata dagli Stati membri, doveva, almeno nella forma, salvaguardare il più possibile la sovranità nazionale dei singoli Stati membri.

dei diritti dell'uomo, la quale opera frequenti rinvii a favore dei legislatori nazionali¹⁴³ e non solo consente, ma (in un certo qual modo) obbliga l'assemblea legislativa degli Stati membri a intervenire per assicurare l'esercizio di un diritto¹⁴⁴.

Dal quadro delineato, quindi, emerge l'esigenza di non lasciare i nuovi diritti nell'ambiguità per evitare o, per lo meno, limitare i problemi evidenziati nelle considerazioni innanzi illustrate. Tale opera, indubbiamente, non sarà di facile realizzazione in quanto si renderà necessario mediare tra le diverse istanze provenienti dal tessuto sociale e la necessità di preservare l'identità costituzionale, evitando che gli inediti rapporti, che naturalmente si genereranno a causa dell'inclusione di nuovi diritti, non rimangano mutevoli e ricchi di incertezze se non di pericolose antinomie e addirittura di rischiosi conflitti, ma, invece, rappresentino una proficua evoluzione per il nostro ordinamento. Occorre ricercare un punto di equilibrio, contemperando due opposti interessi: da un lato la necessità di adeguare il diritto alla complessità sociale, valoriale, economica, alle rapide trasformazioni e alle evoluzioni (anche giuridiche) provenienti dai nuovi bisogni della comunità umana generati dall'inevitabile sviluppo della tecnologia¹⁴⁵ e della ricerca scientifica (quest'ultima, peraltro, garantita dall'art. 33, primo comma, Cost.) e, dall'altro, la necessità di (continuare a) tutelare i "vecchi" diritti (i quali non possono essere condannati all'obsolescenza perché superati dai "nuovi") senza dubbio da ritenere non rinunciabili e presupposto di quello stesso progresso che si

¹⁴³ Si vedano, per es., gli artt. 9, par. 2; artt. 10, par. 2, e altri.

¹⁴⁴ Sulla riserva di legge nazionale contenuta nella Carta e sulla sua controversa lettura, tra gli altri e ultimi, A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 246 ss.; V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2001, 930 ss.; T. GROPPI, *Commento agli artt. 7, 9, 10 e 52 della Carta europea dei diritti*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., 354 ss.; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale*, cit., 28 ss.; F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale, riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012*, n. 230, in *Rivista Aic* (www.rivistaaic.it), n. 3/2013.

¹⁴⁵ Sull'evoluzione tecnologica e gli effetti di tale evoluzione sul costituzionalismo, cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Astrid* (www.astridonline.it), novembre 2012.

vuole raggiungere con le nuove libertà¹⁴⁶. Per avvicinarsi a questo obiettivo, come sopra evidenziato, sembra indispensabile che giudici e Parlamento esercitino le funzioni a essi attribuite dall'ordinamento, senza prevaricazioni od omissioni¹⁴⁷. I primi, pertanto, dovranno continuare a fornire la loro rilevante e imprescindibile opera di interpretazione, specificando e attualizzando di volta in volta i principi fissati dalla legge, contribuendo in tal modo all'evoluzione culturale e giuridica, nonché svolgendo una funzione di stimolo indiretto nei confronti del legislatore e quest'ultimo (inteso più che altro come legislatore costituzionale) dovrà, invece, porre le basi sulle quali far poggiare (solidamente) la tutela dei diritti¹⁴⁸. Tutto ciò si rende quanto mai necessario al fine di evitare che uno sbilanciato rapporto tra legislazione e giurisprudenza dia vita a degenerazioni, opacità e inefficienze¹⁴⁹ e al fine di scongiurare il rischio che i nuovi diritti diventino espressioni di gruppi di pressione (o di potere) ideologicamente orientati oppure che vengano manipolati in modo da divenire strumenti politici o demagogici o, peggio, forme di prevaricazione nelle mani di questi ultimi¹⁵⁰.

Le perplessità rilevate nel corso di queste brevi riflessioni, ad ogni modo, non vogliono rendere inconsistente o solo retorico il valore dei così detti nuovi diritti, comunque li si voglia intendere e qualificare, i quali, pure con tutte le complessità, le zone d'ombra e le ambiguità di cui sono portatori, sono in ogni modo da considerare come feconde prospettive,

¹⁴⁶ Occorre tuttavia ricordare che non sempre il progresso scientifico è anche progresso morale e sociale: Auschwitz e le ricerche genetiche di Mengele, "scienziato" del nazismo, sono un crudo esempio di come è sempre necessario non dimenticare mai i "tradizionali" diritti umani.

¹⁴⁷ A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, cit., 22 ss., sostiene che il legislatore e i giudici si debbano porre l'uno a complemento dell'altro.

¹⁴⁸ Evidenzia la necessità di aggiornare il catalogo dei diritti attraverso il legislatore costituzionale, definendo innaturale e forzata la "supplenza" dei giudici conseguente alla irresponsabile inerzia del legislatore A. RUGGERI, *Diritto vecchio*, cit., 18 ss.

¹⁴⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1643, evidenzia i pericoli di una nuova espansione del ruolo dei giudici a scapito di quello della politica.

¹⁵⁰ Per M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti*, cit., 642, può accadere che i diritti umani, invece di rappresentare uno strumento di garanzia e un baluardo contro le degenerazioni e gli abusi del potere, diventino addirittura strumenti di prevaricazione dello stesso potere.

risorse preziose e indispensabili per dare un impulso positivo all'ordinamento poiché, di certo, hanno l'importante funzione di richiamare l'attenzione delle istituzioni su temi di grande rilievo che non possono essere dimenticati (come per es. il così detto diritto alla pace o il così detto diritto a uno sviluppo sostenibile...) e che, se vengono positivizzati adeguatamente, possono contribuire allo sviluppo di una società migliore, concorrendo anche alla "risoluzione" e alla regolazione delle incognite e delle contraddizioni scaturite dalla nuova dimensione del progresso.

Ciononostante, non si può negare che l'affermazione dei nuovi diritti è e continua a essere, un "cammino faticoso", non sempre esente da incoerenze giuridiche, sociologiche e anche (non ultime) economiche, di ardua composizione, tanto che trovare il modo di omogeneizzare questi ultimi con i diritti tradizionali e con il nostro ordinamento, si rivela come una tra le sfide future più impegnative per tutti gli operatori del diritto.