

Giurisdizioni costituzionali, tutela dei diritti fondamentali e relazioni multilivello. Riflessioni di sintesi

di Mia Caielli

Abstract: *Constitutional jurisdictions, the protection of fundamental rights, and multilevel relations. Concluding remarks* - This short contribution aims at highlighting some questions raised in the papers presented during the first panel of the Conference which fuel the debate over judge-made law, over judicial dialogue in the human rights area and, more generally, about the role law should play in social change, especially when facing new demands that press in on the courts.

Keywords: Fundamental rights; Judicial dialogue; Law and technology challenges; Multilevel protection; Separation of powers.

La riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni degli ordinamenti democratici ma anche da trattati, convenzioni, carte adottate dai diversi sistemi regionali di tutela delle libertà, prende inevitabilmente le mosse da una duplice constatazione. Da un lato, occorre tenere a mente che la prospettiva multilivello non si esaurisce nella considerazione della natura diversa delle fonti del diritto coinvolte, bensì coinvolge l'interpretazione del contenuto delle libertà offerta dai giudici statali e sovranazionali che sempre più spesso sono chiamati a decidere di questioni che coinvolgono situazioni giuridiche soggettive nuove che non trovano una esplicita tutela nei cataloghi dei diritti vigenti. Dall'altro, non si può tralasciare come i meccanismi di integrazione tra le diverse giurisdizioni possano produrre risposte uniformi alle crescenti domande poste da individui, gruppi, movimenti maggiormente coinvolti e toccati dal progresso scientifico e tecnologico ma, non di rado, mettano in luce le molteplici difficoltà nel riconoscimento di "nuovi" diritti in ragione di approcci giurisprudenziali talvolta divergenti che impongono di soffermarsi sulle problematiche che l'attrarre certi fenomeni nei diversi sistemi di regolazione giuridica presenta.

Data l'impossibilità di riprendere qui i molteplici spunti di riflessione offerti dalle relazioni presentate in questa prima sessione parallela del Convegno, ci si limita a evidenziare alcune delle questioni emerse che hanno legato l'un l'altro i temi trattati nonostante la loro pluralità e diversità.

Così, in primo luogo, nella disamina della costruzione pretoria della garanzia dei diritti si osserva il ruolo cruciale giocato dal dialogo tra le corti. Come è emerso in molte delle relazioni, tale dialogo, ormai da qualche decennio oggetto di indagine da parte della dottrina costituzionalistica, non

solo è oggi sempre più intenso, ma tende a svilupparsi in molteplici e inaspettate direzioni. Infatti, se un tempo pareva corretto affermare che gli ordinamenti in cui era più frequente che i giudici effettuassero riferimenti espliciti a materiale giuridico straniero fossero per lo più circoscritti all'area di *common law*, oggi l'interazione tra corti è un fenomeno diffuso anche nei sistemi di *civil law* che stanno progressivamente abbandonando l'abitudine alla comparazione giuridica implicita¹, per integrare le proprie motivazioni con riferimenti espressi a materiale giurisprudenziale straniero. Inoltre, non solo lo scambio tra corti europee o nordamericane e giudici del c.d. *Global South* appare in costante aumento, ma l'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica rivela sempre più spesso il suo carattere bidirezionale: se la citazione di casi giudiziari stranieri continua talvolta a essere effettuata esclusivamente come *argumentum quoad auctoritatem*² da parte di corti che si riferiscono a soluzioni giurisprudenziali provenienti dalle democrazie più consolidate della tradizione occidentale, emerge oggi come il flusso della comparazione giuridica, soprattutto in materia di alcune libertà fondamentali di ultima generazione, tra cui quelle coinvolgenti la giustizia climatica, la solidarietà intergenerazionale, i diritti della natura, segua una corrente diversa. Gli approdi delle corti latino-americane o dei giudici sovranazionali dei sistemi regionali di diritti umani diversi da quello europeo vanno assumendo una rilevanza da cui pare derivare, pur con una certa lentezza, il superamento della «frizione tra diritto indigeno e modernità [...] foriera di modalità alternative di intendere la modernità»³. In secondo luogo, se è indubbio che «l'*horror alieni juris* è in un certo qual modo intrinseco allo schema del giudizio nella tradizione del giuspositivismo statualistico»⁴, è però anche vero che «corti cosmopolitiche»⁵ non sono più soltanto quelle dei Paesi definiti da Esser «assiomaticamente aperti»⁶, ma sempre di più quelle dell'Europa continentale e, in particolar modo, quelle delle democrazie nate dopo il crollo del blocco sovietico tendenzialmente inclini a volgere lo sguardo alla giurisprudenza degli ordinamenti di più antica democrazia le cui carte costituzionali, come quella tedesca, hanno ispirato e influenzato i nuovi cataloghi di diritti, anche per sottolineare la rottura con il passato e dimostrare l'apertura al dialogo, nonché l'intenzione di condividere un patrimonio di valori diventato comune. Al riguardo, Valerio Lubello offre una disamina dettagliata dell'uso di precedenti stranieri da parte della Corte costituzionale ungherese, soprattutto negli anni immediatamente successivi al 1989, nella decisione di controversie in materia di libertà di espressione, economia di mercato, identità nazionale e,

¹ Su cui B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, 100–105.

² G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, 102.

³ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, II ed., 147.

⁴ P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. Alpa (cur.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2006, 16.

⁵ Così è intitolato il capitolo XIII del volume di G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009.

⁶ Sulla distinzione di J. Esser tra sistemi aperti e sistemi resistenti alla comparazione si veda L.J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, ed. it. a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, 302.

in particolare, sulla nozione di dignità umana concetto che, riprendendo Dworkin, insieme a quelli di umanità, libertà e uguaglianza, vive attraverso concezioni non cristallizzabili⁷.

Le relazioni del Panel confermano come, da tempo, spetti alla giurisprudenza l'arduo compito di far vivere tali concetti che, osserva Carmine Petteruti, sempre più spesso, soprattutto nel sub-continente indiano, non esita a determinare il contenuto dei diritti fondamentali, soprattutto quelli riferibili al carattere multiculturale dello stato e alla diversità religiosa alla luce delle dichiarazioni di intenti e degli obiettivi rinvenibili nei ricchi e dettagliati preamboli costituzionali che acquistano così un'efficacia normativa indiretta.

Ciò detto, non si sono tralasciate alcune questioni che non sfuggono agli occhi attenti di chi esamina il fenomeno della "esplosione dei diritti" quale parte del più generale processo di globalizzazione del diritto che si va realizzando anche grazie all'espansione del potere giudiziario⁸ e della circolazione dei modelli per via giurisprudenziale.

Così, Anna Camilla Visconti evidenzia casi di resistenza al dialogo attraverso la c.d. arte del *distinguishing* esercitata da alcune corti supreme e costituzionali. Nella sua disamina dei tentativi della Corte europea dei diritti umani di rimediare alla mancanza di consenso tra gli ordinamenti del Consiglio d'Europa in materia di maternità surrogata, tramite pronunce volte a salvaguardare i *best interests* dei minori nati tramite questa pratica, la studiosa avverte infatti dei problematici disallineamenti tra Roma e Strasburgo che evidenziano - dopo alcune timide aperture a concezioni provenienti dall'esterno - una sorta di ritorno allo statualismo che tradizionalmente caratterizza l'interpretazione della clausola dell'ordine pubblico.

Per certi versi analogo l'atteggiamento assunto ancora una volta dei giudici italiani (costituzionali, in questo caso) nei confronti delle istanze di inquadramento giuridico dell'accesso a Internet: pur avendo a disposizione, spiega Valentina Cavani, un ventaglio piuttosto ampio di precedenti giudiziari stranieri cui attingere per riconoscere l'accesso a internet sia come presupposto per il godimento di altri diritti fondamentali, sia come diritto autonomo, la Corte non ha sfruttato le occasioni che le si sono di recente presentate per ampliare il *bill of rights* italiano offrendo letture evolutive di disposizioni come quelle contenute nell'art. 9 Cost. o nell'art. 21 Cost. al fine di tutelare situazioni soggettive che l'avvento della c.d. democrazia digitale impone di considerare. Dalla disamina della recente giurisprudenza costituzionale in materia emerge, infatti, come la Consulta che spesso e volentieri ha risposto alle sollecitazioni di tutela di diritti non codificati, si sia limitata a un ruolo del tutto marginale, non offrendo al legislatore alcun supporto per rimediare alla frammentarietà degli interventi normativi sull'impatto delle nuove tecnologie nella società dell'informazione.

Merita invece apprendere, soprattutto in un'ottica di arricchimento del dibattito sulla espansione del potere giudiziario tradizionalmente incentrato

⁷ R. Dworkin si sofferma sulla distinzione tra concetto e concezione in *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 71.

⁸ Si legga al riguardo M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

sui problemi che pone in relazione alla tenuta del principio della separazione dei poteri, come l'attivismo delle corti in materia di diritti fondamentali contribuisca talvolta al superamento dell'inerzia o timidezza parlamentare. Valentina Cavani offre un esempio emblematico di tale aspetto della dialettica giudici costituzionali – legislatori, ricordando come la proposta francese di legge costituzionale del 2021 volta a costituzionalizzare l'accesso a Internet richiami espressamente la c.d. decisione *Hadopi* resa dal Consiglio costituzionale oltre un decennio prima.

Il nesso tra crisi della democrazia rappresentativa e approdo giudiziario di certe istanze della società civile che attengono alla tutela di "nuovi" diritti emerge quindi in maniera più o meno esplicita ed evidente in tutte le relazioni della sessione, ed è affrontato sotto diverse prospettive.

Tra queste, merita ancora ricordare l'attenzione rivolta da Enrico Buono al ricorso individuale diretto alle corti costituzionali, inteso quale strumento di democratizzazione del processo costituzionale e analizzato in quanto potenziale strumento partecipativo con funzione ambientale. Lo studioso, soffermandosi sulle potenzialità della *Verfassungsbeschwerde* tedesca nel soddisfare esigenze che attengono alla protezione del clima, riprende l'annoso dibattito, anche italiano, sull'opportunità di ampliare l'accesso alla giustizia costituzionale tramite l'introduzione dell'azione popolare o di un *amparo* ambientale, ragionando a partire dall'impatto globale del costituzionalismo ambientale tedesco di matrice fortemente giurisprudenziale.

Infine, sempre avendo davanti l'immagine del giudice non solo garante, ma legislatore dei diritti, suscita diversi interrogativi la relazione di Davide Zecca sulla delimitazione dell'accesso alla cittadinanza e all'esercizio del diritto di voto, tradizionalmente appannaggio della politica. L'Autore ci pone invece dinanzi a un mutamento recente che ha visto la Corte europea dei diritti umani entrare nel vivo della questione della universalità del suffragio affrontando la convenzionalità di requisiti quali la residenza, l'età, il possesso di adeguate capacità intellettive posti dalle normative statali in materia di elettorato attivo e passivo. Zecca coglie nella giurisprudenza di Strasburgo indirizzi interpretativi poco omogenei e oscillazioni che, insieme con il frequente ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento, hanno compromesso il processo di convergenza degli Stati del Consiglio d'Europa sulla effettività del diritto di voto. Insomma, nel caso dei diritti politici, non sembra si possa tacciare il giudice sovranazionale di attivismo rivelatosi finora restio a prestarsi a dialoghi proficui con quelle corti costituzionali nazionali che di recente hanno adottato interventi piuttosto incisivi censurando alcuni criteri di limitazione del suffragio.

Che i giudici siano diventati gli interlocutori privilegiati di segmenti della società civile, spesso individuabili nelle generazioni più giovani (il riferimento è in particolare ai movimenti di giovani impegnati nella lotta per la giustizia climatica), che si rivolgono alle corti per soddisfare esigenze di tutela di situazioni soggettive non espressamente contemplate nei cataloghi dei diritti vigenti è quindi indubbio. Tralasciando in questa sede le più note ed esplorate questioni sollevate dalla derivazione pretoria di nuove libertà, merita ampliare lo sguardo, rivolgendolo al problematico rapporto tra diritti, scienza ed etica, esplorato sia da Valentina Cavani, sia da Anna Camilla Visconti. Questo finisce, infatti, per suscitare interrogativi cruciali sul ruolo

del diritto in generale, quindi non solo di quello giurisprudenziale. Una volta constatata la “forza trasformativa” della tecnica, alimentata dall’attività dei giudici, si chiede Anna Camilla Visconti, il diritto deve limitarsi ad assecondare le nuove domande sociali, rivestendo quindi una sorta di ruolo adattivo, oppure si deve ritenere che esista qualcosa che non può diventare diritto? Ci si limita a ricordare come Rodotà avesse efficacemente sintetizzato la questione: «il diritto è fortemente condizionato, in particolare, dai nuovi dati di realtà costituiti dalla scienza e dalla tecnologia, che mutano il senso dell’appello al diritto e le forme della regolazione giuridica»⁹. È forse questa la macro-questione che costituisce il *fil rouge* della maggior parte delle ricche relazioni del Panel e che merita di essere tenuta a mente e approfondita da chi riflette sulla creazione di nuovi diritti da parte di corti sempre più attente ai mutamenti della società e sempre più impegnate a dialogare tra loro al fine di fornire risposte rapide e soddisfacenti a chi a loro si rivolge domandando nuove tutele o avanzando nuove pretese nei confronti dei pubblici poteri.

Mia Caielli
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Torino
mia.caielli@unito.it

⁹ Cfr. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Roma, 2006, 15.

