

Una riflessione giuridica sulle esasperazioni dell'individualismo

Tempo da lupi per i diritti in Europa

Si è svolto a Roma, all'Istituto Sturzo, il convegno «Diritto della Unione europea e status delle confessioni religiose» organizzato dal Centro studi sugli enti ecclesiastici dell'Università Cattolica del Sacro Cuore diretto da Giorgio Feliciani. Pubblichiamo ampi stralci di una delle relazioni.

di MARTA CARTABIA*

Se il secondo dopoguerra ha segnato l'avvio di un'epoca che a giusto titolo è stata definita da Norberto Bobbio «L'età dei diritti», con altrettanta certezza si può affermare che col crollo del muro di Berlino è stata inaugurata una nuova età, quella dei «nuovi» diritti.

La fine della guerra fredda ha modificato gli assetti politici internazionali favorendo in generale un ambiente più ospitale alla cultura dei diritti umani. Persino i paesi più refrattari, che sono stati per anni del tutto impermeabili alla cultura dei diritti dell'individuo, hanno iniziato a muovere qualche passo verso il riconoscimento della dignità della singola persona umana come centro dell'ordine sociale, anche se un lungo cammino resta ancora da compiere. Nel mondo occidentale il medesimo spartiacque storico ha segnato un'accelerazione nello sviluppo del linguaggio dei diritti umani, o fondamentali o individuali, fino a farlo diventare pervasivo. L'Europa oggi si trova nelle posizioni di avanguardia di questa cultura giuridica dei diritti individuali.

Per apprezzare in che cosa consista questa posizione di avanguardia delle istituzioni europee in materia di diritti individuali conviene prendere le mosse da alcuni casi recenti che bene rappresentano le tendenze in corso. Il primo è un caso che riguarda la fecondazione assistita, il secondo riguarda il matrimonio omosessuale. Entrambi sono tratti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che in questo momento si trova al crocevia di tutte le strutture internazionali sovranazionali e nazionali di tutela dei diritti; entrambi riguardano questioni tra le più controverse e dibattute della stagione dei nuovi diritti.

Nella decisione S.H. *versus* Austria del 1 aprile 2010, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il divieto di fare uso di alcune tecniche di fecondazione artificiale — in particolare la fecondazione eterologa — provoca una discriminazione fra coppie che soffrono

di problemi di sterilità e una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare, diritto che nell'interpretazione della Corte europea comprenderebbe anche il diritto ad avere un figlio. Due i filoni argomentativi: da una parte si afferma la violazione del principio di non discriminazione, perché i limiti posti dal legislatore nazionale all'accesso a determinati tipi di fecondazione artificiale comporterebbero una discriminazione ai danni delle coppie che non possono soddisfare il loro diritto ad avere un figlio. D'altra parte, tutti gli argomenti della Corte europea presuppongono un'altra affermazione e cioè che la Convenzione implichi il diritto ad avere un figlio. Mai formulato in termini così espliciti in precedenza, il diritto al figlio è fatto derivare dalla Corte dalla matrice dell'articolo 8, cioè dal diritto alla privacy.

Pochi mesi dopo la decisione sulla fecondazione assistita, l'Austria è stata oggetto di un'ulteriore significativa decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo questa volta a proposito delle coppie omosessuali, nel caso Schalk and Kopf *versus* Austria del 24 giugno 2010. I fatti del caso sono molto semplici: una coppia omosessuale, avendo chiesto e non ottenuto il matrimonio presso le autorità civili austriache e dopo esser ricorsa a tutte le autorità giurisdizionali nazionali senza ottenere soddisfazione, lamenta davanti alla Corte di Strasburgo una discriminazione, per non essere ammessa al godimento del diritto di sposarsi e costituire una famiglia. La posizione della Corte europea è articolata.

Da una parte la Corte europea afferma che la Convenzione europea non impone agli Stati membri l'obbligo di riconoscere il matrimonio omosessuale, dato che l'articolo 12 relativo al diritto a sposarsi e a costituire una famiglia contiene un esplicito riferimento a uomo e donna. Tuttavia, prosegue la Corte, le coppie omosessuali debbono essere considerate forma di vita familiare — qui la Corte sembra recepire la nota distinzione da tempo diffusa in dottrina tra «famiglia» e «famiglie» — e quindi rientrare sotto la protezione dell'articolo 8, nella parte in cui tutela la vita familiare. In questo modo la Corte sembra incoraggiare lo sviluppo a livello nazionale di legislazioni che regolino le unioni registrate, se non il matrimonio omosessuale, in modo da assicurare un riconoscimento giuridico anche alle coppie omosessuali.

Non c'è intenzione qui di addentrarsi in una discussione sull'esito delle due decisioni, ma

piuttosto mettere a fuoco le dinamiche argomentative e le matrici concettuali da cui emanano i «nuovi diritti» a livello europeo, di cui il diritto ad avere un figlio e i diritti delle coppie omosessuali sono significativi esempi.

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

In entrambi i casi la «produzione» di nuovi diritti si radica in due matrici culturali precise. Il diritto alla vita privata e il principio di non discriminazione. Si tratta delle stesse matrici culturali e giuridiche che sono alla base di tutta la stagione di espansione dei diritti individuali di matrice *liberal* che ha segnato una intera epoca del costituzionalismo americano: dal caso *Griswold* del 1965 sull'uso dei contraccettivi, al caso *Roe versus Wade*, del 1973, sulla legalizzazione dell'aborto. Dunque i nuovi diritti nascono con connotati culturali precisi, che sono quelli dell'individualismo anglosassone, in cui l'autodeterminazione del singolo costituisce il metavalore dominante e in cui l'eguaglianza tende a tradursi — e a ridursi — a una forma di non differenziazione giuridica: non discriminazione, appunto.

Queste due matrici culturali, positivizzate negli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, contenenti rispettivamente il diritto alla privacy e il principio di non discriminazione, si prestano a essere interpretate come clausole aperte per la produzione di nuovi diritti — come potrebbe accadere, secondo le interpretazioni che ormai risultano dominanti, per l'articolo 2 della Costituzione italiana. Da questo punto di vista i due casi che abbiamo ricordato potrebbero non costituire episodi isolati, ma espressioni di avanguardia di una tendenza che potrebbe avere ulteriori e significativi sviluppi.

I nuovi diritti, a differenza dei diritti scritti della Convenzione e in generale di tutte le Costituzioni, sono diritti assoluti, cioè nascono privi di limitazioni. Se si sfogliano le Carte dei diritti nazionali, a partire ad esempio dalla Costituzione italiana, si nota facilmente che subito dopo la proclamazione di un diritto, anche

se qualificato inviolabile, il testo prosegue indicando i possibili limiti che a esso possono essere apposti: così la libertà personale è inviolabile, ma può essere limitata dall'autorità giudiziaria nei casi e modi previsti dalla legge; la libertà di pensiero è protetta, ma può soffrire limiti per la tutela del buon costume, e così via. Analogamente i diritti della Convenzione europea possono essere limitati per la tutela di altri diritti individuali e per fini di interesse generale che siano necessari a una società democratica. C'è sempre un orizzonte di interesse generale e di bene comune nel quale si inscrivono i diritti individuali. Diversamente, i nuovi diritti tendono a comparire nell'ordinamento giuridico privi di limitazioni. Dunque, la nostra è a un tempo un'età di nuovi diritti e di diritti assoluti.

Per essere più precisi, in Europa oggi si assiste a una duplice tendenza: da un lato vi è una continua espansione del novero dei diritti individuali; d'altra parte, i nuovi diritti rispondono a una precisa concezione culturale, la concezione individualistico-libertaria dei diritti, che porta a negare o a rimuovere ogni forma di limitazione ai diritti soggettivi. Le due tendenze sono profondamente connesse: più si alimenta una cultura giuridica di impronta individualistica che si rifà a una concezione antropologica che risale all'immagine dell'*homo homini lupus*, più si alimenta una espansione delle regole giuridiche — aspirazione, desiderio o bisogno umano — che pretende riconoscimento sul piano giuridico in forma di diritto individuale. La concezione antropologica individualistica sottintesa alla versione libertaria dei diritti che oggi va per la maggiore si accompagna naturalmente alla moltiplicazione delle regole e dei diritti. Chi pensa di vivere in un mondo di lupi, in cui ciascuno è preoccupato solo del proprio interesse individuale, avrà bisogno di molti strumenti di difesa dall'altro, formalizzando ogni aspirazione e ogni bisogno in un diritto garantito dal sistema giuridico: come è stato detto — se viviamo in un mondo di lupi, non ci saranno mai abbastanza regole per ammaestrare i lupi. L'assolutizzazione e la moltiplicazione dei diritti, dunque, non sono soltanto due fenomeni casualmente concomitanti, ma sono entrambi espressione di una medesima concezione dell'uomo e del suo vivere sociale.

L'aspetto problematico di questa concezione è che questa espansione dell'universo dei diritti individuali manca lo scopo che sembra voler perseguire. Se all'origine di tutto il movimento contemporaneo per i diritti umani vi è l'esigenza di costruire un mondo più giusto, o almeno contribuire alla costruzione di un mondo meno ingiusto, il cui centro sia occupato dalla perso-

na umana e dalla sua dignità, occorre chiedersi se l'espansione del numero dei diritti e la rimozione delle loro limitazioni stia servendo questo obiettivo. Qui sorge il sospetto che i diritti illimitati nel contenuto e nel numero siano esposti a una degenerazione utopistica.

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

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

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

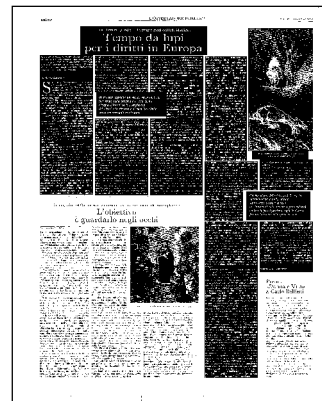
*Università di Milano Bicocca

Se si vuole costruire un mondo meno ingiusto incentrato sulla persona e la sua dignità bisogna chiedersi se il moltiplicarsi dei diritti e la rimozione di ogni loro limite siano davvero utili all'obiettivo

Un paradosso dell'esistenza è il soggetto individualista e indipendente senza casco o senza cinture che lanciandosi sulla strada a gran velocità diviene il più dipendente degli individui per un incidente alla spina dorsale



Honoré Daumier, «Don Chisciotte e la mula morta» (1867, Parigi, Musée d'Orsay)



Ritaglio stampa ad uso esclusivo del destinatario, non riproducibile.