

DIRITTI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: I. I DIRITTI E LE ORIGINI DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO. IL PROCESSO DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DEI DIRITTI.- II. LE GARANZIE DEI DIRITTI DI LIBERTÀ NELLO STATO LIBERALE OTTOCENTESCO. LA TEORIA DEI DIRITTI PUBBLICI SOGGETTIVI.- III. "DIRITTI" E "VALORI" NELLE COSTITUZIONI DELLE DEMOCRAZIE PLURALISTICHE. DAI "DIRITTI PUBBLICI SOGGETTIVI" AI "DIRITTI FONDAMENTALI".- IV. L'IMPIANTO DEI DIRITTI NELLA COSTITUZIONE. L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI COSTITUZIONALI. IL RAPPORTO FRA LIBERTÀ E EGUALIANZA.- V. LA MULTIDIMENSIONALITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI. L'INVOLABILITÀ DEI DIRITTI. - VI. IL FUTURO DEI DIRITTI NEL COSTITUZIONALISMO COOPERATIVO.

I. I DIRITTI E LE ORIGINI DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO. IL PROCESSO DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DEI DIRITTI.

I.1- Nell'epoca delle grandi rivoluzioni borghesi, che rappresentarono il coronamento e lo sbocco dell'età del costituzionalismo moderno, la storia dei diritti dell'uomo recise i risalenti legami con la tradizione giuridica medievale e con l'immagine dell'uomo ad essa sottesa. A causa del carattere particolaristico degli ordinamenti giuridici e politici, nell'età medievale le libertà ed i diritti riconosciuti agli appartenenti ai ceti, alle corporazioni, alle città riflettevano una società con forti persistenze degli assetti del feudalesimo, una società, dunque, stratificata e gerarchizzata. Si deve parlare non di diritti, ma di *privilegi*, di cui il singolo beneficiava in ragione dell'appartenenza a cerchie particolari piuttosto che di un valore universale, di cui l'individuo era considerato portatore. Questa impronta particolaristica dei diritti di libertà, risalente all'età medievale, manterrà tracce persistenti anche negli ordinamenti dell'*Ancien Regime*, nei

quali la difesa e la rivendicazione dei diritti e dei privilegi dei ceti e degli ordini dovevano apprestare argini al rafforzamento dei poteri del monarca e contrastare le tendenze accentratrici caratteristiche del processo di formazione dello stato moderno.¹ Quella di diritti di libertà embricati negli assetti particolaristici della società medievale è tuttavia un passaggio importante della storia dei diritti costituzionali. Quando Montesquieu, riflettendo sugli assetti della Francia prerivoluzionaria, osservava che «la libertà è antica, il dispotismo è recente», egli coglieva lucidamente la pretesa dell'assolutismo monarchico di cancellare le antiche libertà dei ceti, dei municipi, delle corporazioni, per omologare lo *status* dei sudditi sottoponendoli ad un unico ed uniforme rapporto di soggezione al potere sovrano. Questa premessa consente di tracciare la linea di demarcazione fra le dichiarazioni dei diritti nell'età del costituzionalismo e le carte dei diritti che, nel basso Medioevo europeo (in Spagna, in Inghilterra, in Germania), espressero la tensione fra le risalenti stratificazioni della società e le ricorrenti spinte all'affermazione di un potere politico unitario.² Fra le carte di questo periodo assume rilievo paradigmatico, in Inghilterra, la *Magna Charta Libertatum*, la cui concessione risale al 1215, allo scopo di assicurare ai baroni ed alle città garanzie dagli abusi e dalle sopraffazioni del sovrano nel disporre arresti, nel sottoporre a giudizio, nel levare tributi. Si trattava peraltro di diritti privi di valore universale, della concessione di garanzie non soltanto legate all'appartenenza a cerchie privilegiate, ma soprattutto aventi un contenuto ed un vigore storicamente e politicamente contingenti. Ciò non toglie che questi documenti abbiano costituito, per più di un aspetto, un antecedente storico significativo. Anzitutto per il loro contenuto. Le carte medievali definirono

¹ G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978), ediz. Ital. a cura di G. Gozzi, Bari- Roma 2001, segg.; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, 33 segg.

² G.G. Floridaia, *La costituzione dei moderni*, Torino 1991, 27 segg.

un primo nucleo di diritti (*Habeas corpus*, libertà da arresti arbitrari ecc.), che i testi dell'età del costituzionalismo avrebbero ripreso, ma anche arricchito e soprattutto trasformato in diritti riconosciuti alla generalità degli individui. In secondo luogo, con lo sviluppo dell'economia mercantile e delle città, si venne estendendo sensibilmente la cerchia dei beneficiari dei diritti, che comprendeva, oltre ai tradizionali ordini privilegiati (nobiltà, clero), una rete attiva e fitta di corporazioni e le stesse città libere. Il processo di ramificazione e di diffusione delle libertà cetuali, corporative e cittadine, ed insieme quello di unificazione della sovranità, pur esprimendo, come si è detto, tendenze antagonistiche, concorsero l'uno e l'altro a preparare il successivo passaggio alla fondazione di diritti con carattere di generalità. Infine, le carte medievali introdussero un ulteriore elemento di novità, poiché esse presupponevano un fondamento pattizio dell'obbligazione politica, e precisamente il contratto fra il sovrano ed i ceti sottoposti al suo potere di imperio. Quando le basi particolaristiche ed organicistiche dell'ordine sociale sarebbero state sovvertite, agli albori del moderno costituzionalismo, dall'affermazione dell'individualismo, l'idea del *contratto sociale* sarebbe stata completamente trasformata e piegata alla fondazione di un ordine sociale imperniato sulla centralità del soggetto, aprendo la strada ad una concezione radicalmente diversa dei diritti individuali.

I.2- La vicenda storica dei diritti costituzionali ha inizio pertanto con le grandi rivoluzioni borghesi, che, nel XVII e XVIII secolo, in Inghilterra, nell'America del nord ed in Francia, produssero dei mutamenti profondi degli ordinamenti politici e condussero all'affermazione di concezioni radicalmente nuove dei rapporti fra

l'individuo ed il potere sovrano.³ Con le carte dei diritti ed i documenti costituzionali, che segnano il coronamento della rivoluzione parlamentare inglese nel biennio 1688-1689, dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America (1776-1791) e del movimento rivoluzionario in Francia (a partire dal 1789), prendono corpo l'affermazione di diritti individuali nei confronti dei poteri pubblici e la positivizzazione in testi costituzionali dei diritti radicati nella tradizione giusnaturalistica.⁴

Nella storia del costituzionalismo europeo, il riconoscimento dei diritti individuali si accompagnò all'introduzione di principi dell'organizzazione costituzionale, che erano indirizzati alla costruzione di un ordine politico che, sebbene fondato su basi censitarie e oligarchiche, era indirizzato ad assicurare ampi spazi di libertà alla borghesia politicamente attiva ed il libero sviluppo delle energie che si sprigionavano dalla società civile: si trattava di congegni ed istituti di limitazione del potere sovrano del monarca, prevalentemente legati all'affermazione delle prerogative delle assemblee rappresentative, divenute veri e propri luoghi istituzionali della società civile borghese, come anche della supremazia della legge parlamentare, che del ruolo egemone di quella era diretta espressione, e dei corollari, che da questo assetto discendevano, del vincolo dei giudici alla legge e della legalità dell'amministrazione.

Nel costituzionalismo statunitense, peraltro, il riconoscimento dei diritti viene a collocarsi in una differente cornice costituzionale, fortemente segnata dalla ispirazione repubblicana e dalla genesi

³ G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Bari 1925, 1 segg.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino 1995; P. Costa, *Civitas. Storia dell'idea di cittadinanza in Europa*, Bari-Roma 1999-2000; P. Ridola, *op. cit.*.

⁴ N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, Torino 1976.

contrattualistica della costituzione federale: l'idea della costituzione come *legge superiore*, posta a garanzia della tenuta del patto fondativo in una società disomogenea e pluralistica, costituisce pertanto la peculiare cifra di lettura del costituzionalismo statunitense ed il fondamento di una concezione della protezione dei diritti essenzialmente inquadrata entro la cornice di contrappesi e di limiti del principio di maggioranza.⁵

Quelli accennati rappresentano gli esiti di un lungo processo evolutivo che percorre, dall'umanesimo all'illuminismo, la storia europea nell'età moderna, un processo nel quale confluirono nuovi ideali filosofici, conflitti religiosi, sommovimenti politici e radicali mutamenti dell'economia e della società. Fra questi fattori di mutamento, occorre menzionare in primo luogo i conflitti e le guerre di religione che percorsero l'Europa a partire dal XVI secolo. La riforma protestante, attraverso l'affermazione dei postulati del libero esame delle Scritture, della responsabilità individuale, dell'autodisciplina del credente nella vita terrena e di un ordinamento confessionale non gerarchizzato, contribuì a dare spiccato risalto alla personalità individuale come valore autonomo e a plasmare il clima spirituale, nel quale sorsero le dichiarazioni dei diritti nell'età del costituzionalismo.⁶ Inoltre, le battaglie per la tolleranza e per la libertà religiosa, che le guerre di religione suscitarono, proiettandosi ben aldilà della rivendicazione di una sfera di libertà circoscritta alla coscienza individuale ed

⁵ C.H. Mc Ilwain, *La rivoluzione americana. Una interpretazione costituzionale* (1923), a cura di N. Matteucci, Bologna 1965; G. Bagnetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, Torino 1998.

⁶ G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), ediz.ital. a cura di D. Nocilla, Milano 2002; G. De Ruggiero, op.cit., 14 segg., 69 segg.; H. Laski, *Le origini del liberalismo europeo* (1947), Firenze 1971.

al foro interno, segnarono la genesi della libertà di manifestazione del pensiero: la battaglia contro la censura dei libri e classici come la *Lettera sulla tolleranza* di J. LOCKE (1685) o l'*Aeropagitica* di J. MILTON (1644) testimoniano che la lotta per la libertà religiosa ebbe una valenza assai ampia, poiché esprimeva la pretesa fondativa di un nuovo ordine sociale e politico.

Occorre aggiungere che le guerre di religione furono un potente fattore di unificazione politica e favorirono la formazione di un diritto uniforme di regolazione del fattore religioso. Più in generale, l'assolutismo monarchico, tendendo al livellamento dei sudditi nella soggezione al potere sovrano, già muoveva nella direzione della generalità delle situazioni soggettive e della eguaglianza nell'assoggettamento al diritto statale, aspetti che, amplificati nella loro portata radicalmente innovativa dal mutamento del titolo di legittimazione della sovranità, si riveleranno centrali con l'affermazione delle rivoluzioni borghesi. Successivamente, il distacco dell'apparato di governo dalla figura del sovrano, e soprattutto l'affermarsi, sotto l'influsso del pensiero illuminista, dell'idea che l'azione del sovrano debba perseguire il benessere e la felicità dei sudditi, posero le prime basi di un ordine politico funzionalizzato alle esigenze dei sottoposti al potere sovrano.⁷

Fra i fattori decisivi di trasformazione, un ruolo di primo piano ebbero peraltro lo sviluppo dell'economia mercantile e l'ascesa della borghesia. I diritti costituzionali furono infatti in primo luogo il prodotto della rivoluzione borghese. Se invero i diritti e le libertà individuali rappresentarono il problema storico del costituzionalismo, ciò dipese in larga misura dal loro nesso funzionale con gli assetti dello stato borghese e con le esigenze di un ceto sociale in ascesa,

⁷ G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, a cura di L. Firpo, Napoli 1974, 95 segg.

che rivendicava con forza l'abbattimento delle barriere che ostacolavano il libero sviluppo del mercato e della concorrenza.⁸ Sotto questo profilo, fra la lotta per l'affermazione dei diritti individuali nell'età del costituzionalismo e le nascenti teorie del liberismo economico vi è un legame molto stretto: l'eguaglianza formale dei diritti, il riconoscimento dei quali non era ancorato a *status* privilegiati, era infatti perfettamente coerente con un modello di economia concorrenziale, che pretendeva appunto una posizione di parità giuridica di tutti i soggetti operanti nel mercato.⁹ A questo postulato fondamentale facevano corona il primato dell'assemblea rappresentativa e quello della legge generale ed astratta, che sola poteva garantire, in antitesi rispetto agli assetti giuridici di società stratificate, un intervento dello stato nella regolazione dei rapporti economici che consentisse alle energie individuali di svilupparsi liberamente e spontaneamente (come è testimoniato, fra l'altro, dalle grandi codificazioni del diritto civile).

I.3- Per completare il quadro, occorre ricordare che l'affermazione dei diritti costituzionali si colloca nel solco dei due grandi indirizzi filosofici del *contrattualismo* e del *giusnaturalismo*, che hanno inquadrato questo imponente processo di trasformazione sociale e politica. Quanto al primo, l'idea del contratto come fondamento dell'obbligazione politica, ereditata nell'età moderna dal *contrattualismo* medievale, fu tuttavia radicalmente trasformata nei suoi presupposti e nelle sue basi giustificative, sostituendosi al patto fra sovrano e sottoposti al suo potere di imperio il contratto fra liberi

individui. Inoltre, il *contrattualismo* moderno ha avuto una valenza essenzialmente prescrittiva, delineando un ordine ed una forma razionale della politica, che facevano aprioristicamente astrazione dalle espressioni del pluralismo sociale.¹⁰ A ciò che va ricondotta, fra l'altro, la pregiudiziale avversione di molte espressioni del costituzionalismo moderno nei confronti delle libertà associative, considerate come un ostacolo alla traduzione della premessa individualistico-contrattualistica in un livello di forte di unificazione politica. E tuttavia nell'aver disegnato un modello di ordine politico integralmente e razionalmente fondato sull'individuo erano già poste le basi del capovolgimento di prospettiva, che avrebbe collocato i diritti e le libertà individuali come centro e fine supremo dell'ordine costituzionale.

Quanto al secondo aspetto, l'idea della universalità dei diritti, e quella dei diritti come proiezione di un valore assoluto e peculiare dell'individuo hanno una diretta ascendenza nelle teorie del *giusnaturalismo* razionalista.¹¹ I *Bill of Rights* e le costituzioni degli stati nordamericani, così come in Francia la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, ribadirono con forza il principio che i diritti individuali sono il riflesso di libertà che discendono dalla natura razionale dell'uomo. Era l'esito di uno sviluppo graduale, che già in precedenza aveva condotto a teorizzare, nell'età dell'assolutismo, un fondamento *giusnaturalistico*, oltre che del contratto sociale, del diritto di resistenza all'oppressione e dei limiti dell'assolutismo monarchico.¹² Sebbene la mancata positivizzazione dei limiti del potere sovrano e la persistenza di aree di privilegio legate all'appartenenza agli

⁸ D. Landes, *Prometeo liberato. Trasformazioni tecnologiche e sviluppo industriale nell'Europa occidentale dal 1750 ai nostri giorni*, Torino 1987.

⁹ F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, ediz. Ital. a cura di N. Matteucci, Bologna 1973, 245 segg.

¹⁰ N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna 1997, 101 segg., 127 segg.

¹¹ L. Strauss, *Diritto naturale e storia* (1953), Genova 1990.

¹² A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Milano 2006, 85 segg.

ordini ridimensionassero sensibilmente, nell'Europa dell'illuminismo, la portata e le conseguenze pratiche dei principi del giusnaturalismo razionalista, è indubbio che questo itinerario abbia esercitato un'influenza profonda sugli sviluppi costituzionali delle rivoluzioni borghesi.

Nel quadro del giusnaturalismo, un posto particolarmente significativo occupa il pensiero di John Locke, oltre che per la fortuna che esso ebbe nella tradizione costituzionale statunitense, per l'ascendente che esercitò sulla sistemazione dei diritti negli ordinamenti di tipo liberale. Nei *Due trattati sul governo*, scritti nel clima politico e culturale della rivoluzione inglese del 1688-89, Locke annoverò, fra i diritti innati dell'individuo, la vita, la libertà ed il patrimonio, diritti che la ragione impone di rispettare, poiché tutti costituiscono la *property* peculiare del soggetto, dal cui bisogno di conservazione gli uomini sono spinti ad associarsi. Su queste basi, Locke avrebbe teorizzato, in piena consonanza con le istanze borghesi della rivoluzione parlamentare inglese, un modello di governo fondato sul presupposto che il potere può venire esercitato solo su mandato fiduciario (*trust*) e sull'idea della limitazione e della separazione dei poteri come condizione essenziale della sicurezza dei diritti individuali. Ma il profilo del pensiero lockiano, che avrebbe esercitato un'influenza particolarmente profonda sul liberalismo giuridico ottocentesco, deve essere ravvisato proprio nell'utilizzo dell'idea della *property*, come formula riassuntiva di tutti i diritti e le facoltà attraverso cui il soggetto può disporre della propria forza lavoro e delle proprie capacità.

L'elaborazione teorica di Locke ha contribuito a delineare, secondo una fortunata e suggestiva ricostruzione storica¹³, il radicamento dei diritti nell'

individualismo possessivo, che anticipava quel nesso inscindibile fra libertà e proprietà, sul quale lo stato liberale ottocentesco avrebbe edificato l'impalcatura dei diritti costituzionali. La proprietà appariva come la proiezione diretta di una certa immagine dell'uomo, e veniva assunta a paradigma non dei soli diritti di natura patrimoniale, bensì della generalità dei diritti e delle libertà individuali, omologati tutti allo schema proprietario dell'assoggettamento della realtà esterna. In secondo luogo, il diritto privato assumeva una centralità funzionale ai bisogni della società civile borghese. Esso era, più precisamente, il terreno di sviluppo dei diritti per eccellenza, in quanto idoneo a tradurre sul piano normativo e a stabilizzare una concezione dell'ordinamento imperniata sulla capacità di appropriazione del mondo esterno da parte del soggetto. In questa cornice, particolari virtualità erano riconosciute al contratto, come forma paradigmatica di collaborazione intersoggettiva. In esso confluivano tutti gli elementi costitutivi dell'individualismo possessivo, e precisamente il carattere volontario del vincolo, l'indipendenza dei contraenti, e la relazione di scambio come scenario della libertà individuale. Si trattava, come è stato sottolineato, di un modello che esprimeva le grandi conquiste della rivoluzione borghese, e valori di mobilità e di competizione sociale, che erano perfettamente coerenti con i bisogni di una società che si era affrancata dai ceppi dell'*Ancien Regime*, ma che avrebbero lasciato, negli sviluppi successivi della storia dei diritti costituzionali, un'impronta destinata a trascendere parzialmente gli angusti orizzonti economicistici e di classe dell'individualismo possessivo¹⁴: valori che sottolineavano l'indipendenza del soggetto dalla volontà altrui, lo

¹³ C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. L'individualismo*

possessivo da Hobbes a Locke (1962), ediz. Ital. a cura di A. Negri, Milano 1978.

¹⁴ P. Ridola, op. cit., 57 segg.

spontaneismo delle relazioni intersoggettive, la piena capacità del soggetto di disporre della propria persona e delle sue capacità. Lo schema dell'individualismo possessivo evidenziava peraltro limiti ed angustie altrettanto vistosi nell'impianto dei diritti, cui le costituzioni delle democrazie pluralistiche avrebbero tentato di porre argine: fra questi, in particolare, una concezione della società civile come luogo esclusivo di rapporti di scambio fra soggetti proprietari; la prevalenza della forma giuridica paritaria dei rapporti fra i soggetti della società mercantile, e la correlativa indifferenza alle disegualianze esistenti nella realtà dei rapporti di vita; ed infine, una concezione della organizzazione costituzionale come luogo essenzialmente preordinato alla difesa del sistema del mercato e di un orizzonte di diritti incluso entro i confini della società civile borghese.

I.4. Le rivoluzioni borghesi del XVII e XVIII secolo, pur collocandosi nella scia della tradizione giusnaturalistica, segnano l'approdo alla costituzionalizzazione dei diritti. Il tratto più appariscente di questo processo, che, nelle diverse esperienze storiche, segue itinerari e modalità differenti, è certamente l'elaborazione di documenti costituzionali che contengono una solenne elencazione dei diritti intangibili dell'individuo. Ma soprattutto, il riconoscimento dei diritti diviene il fondamento ed il metro dei limiti costituzionali del potere politico, giacché, se da una parte i diritti sono l'elemento di legittimazione dell'ordine politico, essi stessi sono ora «fondati» negli assetti costituzionali e nelle trasformazioni dell'ordine politico, cui le rivoluzioni hanno dato luogo.¹⁵

In Inghilterra, il processo di costituzionalizzazione dei diritti si

sviluppa in sintonia con i tratti peculiari della storia costituzionale britannica, secondo un itinerario che coniuga storicismo e pluralismo, e precisamente la continuità con i diritti radicati nella storia e nelle tradizioni e stratificati nel costume e nel tessuto della società, ed una sensibilità spiccata alla salvaguardia del particolarismo anch'esso radicato profondamente nella società inglese. Questo spiega il legame più marcato dei documenti del primo costituzionalismo britannico con i contenuti e la sensibilità tipici delle carte medievali. Così, ad esempio, mentre in alcuni documenti delle colonie inglesi in America, come nel *Massachussets Body of Liberty* del 1641, già si profilava la tendenza ad un ampliamento del catalogo dei diritti della persona ad una molteplicità di ambiti della vita, nell'*Habeas Corpus Act* del 1679 la protezione della libertà della persona viene ancora essenzialmente collegata, secondo il modello derivante dalle carte più antiche, con puntuali garanzie di natura processuale nei confronti degli arresti arbitrari. Anche in ciò può essere ravvisato tuttavia un profilo di costituzionalizzazione, che si viene, in certa misura, rendendo autonomo dalla mera fondazione giusnaturalistica dei diritti. Il *Bill of Rights* del 1689 non conteneva, nonostante la sua denominazione, alcun catalogo di diritti, ma solo un elenco di competenze riservate in materia al parlamento e di garanzie sul terreno giudiziario: ciò che sottolinea, in definitiva, che la tutela dei diritti procedeva parallelamente a modifiche profonde della forma di governo e dell'organizzazione dei poteri, e che in queste anzitutto, ed in particolare nell'affermazione del regime parlamentare, essa rinveniva, non solo la sua concreta operatività, ma prima ancora la sua forza.

Nell'esperienza statunitense, il richiamo dei documenti costituzionali della rivoluzione americana ai principi del giusnaturalismo è più accentuato. Nella

¹⁵ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M. 1991, 71 segg.; H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen 1995, 20 segg.

Dichiarazione d'Indipendenza del 1776, si legge essere «*verità di per sé evidente*» che «tutti gli uomini sono stati creati uguali e che sono dotati dal loro Creatore di certi *inalienabili diritti*, fra i quali quello alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità; che per salvarli gli uomini si sono dati dei governi i quali derivano *i propri giusti poteri* dal consenso dei governati». I *Bill of Rights* degli stati americani furono peraltro anzitutto il prodotto di un processo di costituzionalizzazione, che era indirizzato a organizzare la convivenza di una pluralità di componenti etniche e religiose della società, e ad organizzare la politica sugli spazi estesi della federazione. Quando pertanto il preambolo del *Bill of Rights* della Virginia del 1776 definiva i diritti non solo come limite dei poteri pubblici, ma come «*basis and foundation of government*», ciò esprimeva, assai più che una prestatualità di stampo giusnaturalistico dei diritti, il loro radicamento nei nuovi assetti democratici e contrattualistici della federazione. Si compiva dunque l'emancipazione dall'idea del fondamento giusnaturalistico dei diritti, che restava sullo sfondo come un retaggio ideologico-culturale, e la primazia dei diritti si impiantava negli assetti di una legge superiore positiva, che rifletteva l'instaurazione di un nuovo patto fondativo.¹⁶ Peraltro, i *Bill of Rights* degli stati nordamericani non trovarono subito completamento in un catalogo «federale» dei diritti, che infatti la Costituzione non conteneva originariamente e che fu aggiunto con i dieci emendamenti del 1791.

Anche in Francia il riconoscimento dei diritti nel periodo rivoluzionario è il prodotto di un potere costituente che, a partire dalla convocazione degli Stati generali del 1789, avrebbe espresso i bisogni di radicale trasformazione degli

ordinamenti politici avvertiti dal terzo stato, piuttosto che un omaggio alla tradizione del giusnaturalismo. Sebbene a questa rinvii espressamente l'art. 2 della Dichiarazione del 1789 («il fine di tutta l'associazione politica sta nella conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo»), saranno i tormentati passaggi delle costituenti rivoluzionarie e le oscillazioni, che essi rivelarono, negli equilibri e nei rapporti di forza fra le diverse componenti del terzo stato, a plasmare i cataloghi dei diritti delle carte costituzionali degli anni della Rivoluzione. Se infatti se ne segue l'evoluzione, è agevole constatare non soltanto un progressivo allargamento dell'orizzonte dei diritti costituzionali (rispetto all'archetipo di derivazione giusnaturalistica «libertà, proprietà, sicurezza, resistenza all'oppressione»: così l'art. 2 della Dichiarazione), ma altresì una crescente torsione in senso positivistico del fondamento dei diritti.

I cataloghi dei diritti nelle costituzioni rivoluzionarie rispecchiarono fedelmente le varie fasi della Rivoluzione.¹⁷ Se la Dichiarazione del 1789 riproducesse in sostanza i diritti di derivazione giusnaturalistica, ciò corrispose ai bisogni delle componenti moderate del terzo stato, che guidarono i primi anni della Rivoluzione fino alla caduta della monarchia. Il richiamo ai diritti naturali dell'uomo era già accompagnato peraltro, nella Dichiarazione, dalla sottolineatura del primato della rappresentanza parlamentare, la sola riconosciuta idonea a porre limiti all'esercizio di tali diritti. Egualmente, il successivo allargamento del catalogo, nella Costituzione del 1791, ai diritti di riunione e di petizione, ma non anche a quello di associazione (rigorosamente precluso dalla *Loi Le Chapelier*), era altrettanto coerente con l'esigenza di porre le precondizioni della formazione di una sfera pubblica borghese e di fare argine allo stesso

¹⁶ E.S. Corwin, *L'idea di legge superiore e il diritto costituzionale americano* (1928), a cura di S. Rosso Mazzinghi, Vicenza s.d.

¹⁷ A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino 1952.

tempo al rischio della trasformazione dei *club* in luoghi di eversione sociale. Ancora, dall'orizzonte giusnaturalista fuoriesce decisamente la Costituzione giacobina del 1793, mai entrata in vigore, per il forte rilievo che vi assunse il nesso fra cittadinanza ed eguaglianza, e per la spiccata inclinazione in senso sociale del suo catalogo dei diritti, sia di quelli derivanti dalla tradizione giusnaturalista (il diritto di proprietà era riconosciuto come «frutto del proprio lavoro e della propria industria»), che di quelli ad essa estranei, come il diritto di scelta della professione, il diritto al lavoro ed al riposo, all'assistenza ed all'istruzione pubbliche, ed i diritti di partecipazione politica. Ed infine, con la Costituzione del 1795, al consolidamento della svolta borghese-moderata della Rivoluzione corrispose un'accentuata spinta alla positivizzazione dei diritti ed a circoscriverne la portata entro l'orizzonte del principio di legalità. Il riferimento dell'art. 1 della *Dichiarazione* del 1789 agli uomini che «nascono e restano liberi ed *eguali* nei diritti» prende forma giuridica positiva nell'eguaglianza dinanzi alla legge, così come il riconoscimento dei diritti viene inquadrato in una cornice di garanzie di diritto statale, come quelle attinenti alla giurisdizione.

II. LE GARANZIE DEI DIRITTI DI LIBERTÀ' NELLO STATO LIBERALE. LA TEORIA DEI DIRITTI PUBBLICI SOGGETTIVI

II.1. Il *garantismo* è il carattere fondamentale del liberalismo giuridico europeo della prima metà del l'Ottocento. Esso si caratterizza come una dottrina costituzionale che costruisce l'intera organizzazione dei poteri in funzione della protezione delle libertà individuali. Alla stregua di essa, lo stato non è un fine che incarna valori giuridici metaindividuali, alla cui realizzazione i

diritti vengono indirizzati, ma, al contrario, un mezzo, che si legittima sulla base del fine fondamentale di assicurare spazi di libertà privata. Sullo sfondo della centralità e della universalità dei diritti nel garantismo liberale erano peraltro evidenti le chiusure ideologiche della concezione liberal-borghese della società, in quanto le libertà garantite erano, in buona sostanza, le libertà dello stato monoclasse borghese. Il robusto sistema di garanzie, mediante il quale il costituzionalismo liberale aveva apprestato barriere esterne ad un potere, la cui vocazione all'assolutezza esse erano chiamate ad arginare, era pertanto funzionale al rafforzamento dell'egemonia borghese. Ma il prodotto di questa ideologia fu, per l'appunto, una teoria giuridica del garantismo, che privilegiava un «punto di vista esterno», quello della società e degli individui che la compongono, riguardati essi stessi come fini e valori ai quali lo stato è subordinato.¹⁸

Tuttavia, fra le maglie di una ricostruzione apparentemente così compatta e coerente dei diritti e delle loro garanzie, è possibile cogliere aspetti problematici ed accentuazioni differenti. In primo luogo, le teorie del garantismo non si sono identificate sempre con una concezione esclusivamente *negativa* della libertà: quella che, ad esempio, ha trovato una celebre formulazione nel discorso *Della libertà degli antichi comparata alla libertà dei moderni* (1819) di Benjamin Constant, secondo il quale il tratto peculiare della «libertà dei moderni» andava ravvisato essenzialmente nel godimento di una sfera assolutamente privata di benessere e di felicità individuali, posti al riparo da ingerenze esterne. Peraltro, nella storia del costituzionalismo liberale l'idea di libertà come assenza di costrizione e di impedimento e l'idea di libertà come autonomia ed autorealizzazione del

¹⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989, 922 segg.

soggetto sono state, sin dall'inizio, compresenti e si intersecano costantemente¹⁹, ed a tale commistione non fu estraneo lo sforzo di innestare sul tronco della *libertà negativa* la garanzia delle libertà politiche. Questo spiega, ad esempio, perché la riflessione di un autore come John Stuart Mill, che pure, nello scritto *Sulla libertà* (1859), teorizzò, contro i rischi di livellamento e di conformismo sociali, una concezione fortemente individualistica della libertà, sia inseparabile dal clima politico del regime parlamentare inglese dopo la riforma del 1832 e dal rafforzamento del *Cabinet government*, che condussero Stuart Mill, nelle *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1865), a riporre grande fiducia nell'autogoverno come valore fondamentale del liberalismo, in quanto esso stimola gli individui a migliorare se stessi ed i propri affari, ed a ravvisare nello stesso tempo nella formazione di individualità forti ed attive la principale risorsa dei governi democratici.

Nell'esperienza liberale, pertanto, la prevalenza dell'aspetto individuale dei diritti, come *diritti di difesa* da intromissioni esterne, ha motivazioni storico-culturali profonde, che rinviano alla tradizione giusnaturalistico-contrattualistica, alle idee del primato della volontà dell'individuo e dell'autonomia come base della libertà individuale, ed alla tendenza a costruire su base individualistica le relazioni all'interno della società civile. La lettura della tradizione liberale è stata peraltro radicalizzata, allorché si è tentato di ricostruire il rapporto fra individuo e stato negli ordinamenti di tipo liberale secondo un cifra radicalmente antagonista (*the man versus the state*), impostazione fondata sull'aver ascritto *tout court* al liberalismo ottocentesco il postulato dell'intrinseca illimitatezza della sfera di

¹⁹ I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano 1989; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

libertà individuale.²⁰ Nella dottrina italiana, questa lettura della tradizione liberale ha trovato seguito, anche con riferimento alla Costituzione vigente, nella frequente denuncia dei rischi della *funzionalizzazione* dei tradizionali diritti di libertà a contenuto negativo, che sarebbero racchiusi nelle interpretazioni di tipo sistemico.²¹ Ciò in quanto i diritti di libertà sarebbero attribuiti «all'uomo come tale e a vantaggio dell'uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali», e non per le «utilità sociali» che possono produrre.²²

Non sembra peraltro, come si è accennato, che una considerazione dell'aspetto istituzionale dei diritti costituzionali, cioè come elementi costitutivi dell'ordinamento costituzionale e della forma di stato, sia marginale nel costituzionalismo liberale ottocentesco, non solo perché in esso fu diffusamente avvertito fin dall'inizio il carattere condizionante dei diritti di libertà (*Habeas corpus*, libertà religiosa) rispetto al l'instaurazione di nuovi ordinamenti politici, ma più ancora allorché, nel corso del XIX secolo, gli ordinamenti di tipo liberale, di fronte all'emergere dalla società di forze e di soggetti che ne mettevano a rischio la stabilità, vennero posti di fronte al problema cruciale del rapporto fra il consolidamento del sistema di potere della borghesia e l'introduzione di limiti dei diritti connessi alla protezione dell'ordine politico dello stato nazionale-borghese (con riferimento, ad esempio, alla repressione delle manifestazioni sediziose o dei reati associativi, o ancora all'introduzione

²⁰ C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924- 1954*, IV ediz., Berlin 2003, 140 segg., 181 segg.

²¹ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 59 segg.

²² C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1958, 5 segg.

delle misure di prevenzione come strumento di contenimento del dissenso politico e della marginalità sociale). È corretto collocare questa svolta alla metà del XIX secolo e dopo le rivoluzioni del biennio 1848-1849, quando gli sviluppi dell'esperienza liberale, derivanti dalla saldatura fra spinte al rafforzamento dell'egemonia borghese e costruzione delle categorie giuridiche dello stato-nazione, avrebbero in parte travisato il quadro elaborato dalle prime teorie del garantismo liberale, facendo sbiadire progressivamente il «punto di vista esterno» nella fondazione dei diritti.

II.2- Il radicamento nelle condizioni storiche della società borghese spiega perché l'apertura alla società, presente in alcune elaborazioni del primo costituzionalismo liberale, non riuscì pertanto a svilupparsi nell'Europa continentale, nella direzione di una espansione dell'area dei diritti, come quella che la presenza di un robusto tessuto pluralistico avrebbe invece assicurato nei paesi anglosassoni, ma sarebbe sfociata in una «sostanziale subordinazione» dei diritti di libertà agli assetti istituzionali dell'ordine borghese.²³ Nelle esperienze continentali, pertanto, la concezione garantista della costituzione, propria del primo costituzionalismo, si converte, occultando il proprio bagaglio politico-ideologico, nel *positivismo*, cioè nella completa rimessione del contenuto e della tutela dei diritti enunciati dalle carte costituzionali al diritto posto dalle istituzioni della borghesia politicamente attiva. L'omogeneità economico-sociale delle basi dello stato liberale ottocentesco dislocò pertanto la garanzia dei diritti dal piano delle dichiarazioni costituzionali al livello della legalità, e dunque al livello espresso dal processo politico svolgentesi nelle assemblee rappresentative. In esso il potere e l'ordine borghese rinvergono

²³ G. Amato, voce *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974, 285 ss.

un'autonoma fonte di legittimazione, che la costituzione riflette; in esso si embrica l'impianto delle garanzie dei diritti, che si identifica nello *stato di legislazione*, cioè nel diritto di fonte legislativa positivamente vigente.

L'intreccio fra diritti e stato di legislazione accompagna le vicende degli ordinamenti liberal-borghesi, fornendo ad essi un valido supporto giuridico dinanzi alle esigenze dell'arroccamento nella difesa di una stabilità progressivamente minacciata dagli sviluppi della rivoluzione industriale, dalla crisi del capitalismo concorrenziale, dallo sviluppo del movimento operaio e dei primi partiti politici di massa. Appare emblematico, sotto questo aspetto, lo sviluppo dei diritti costituzionali in Italia dopo la concessione dello Statuto albertino del 1848.²⁴ Nello Statuto, elaborato nel clima culturale del primo costituzionalismo liberale, anche l'impianto dei diritti, cui furono estranee le suggestioni democratiche di altre coeve esperienze costituzionali italiane, risentiva originariamente del modello francese, e pertanto spazi ampi erano rimessi al potere legislativo nella definizione del contenuto e dei limiti dei diritti enunciati a livello costituzionale. Nel periodo statutario, peraltro, la politica dei diritti, subendo le oscillazioni della forma di governo fra un regime parlamentare di tipo monista ed un dualismo fra legislativo ed esecutivo monarchico, rispecchiò di volta in volta le aperture o le tentazioni autoritarie della classe dirigente liberale. L'*elasticità* dello Statuto, ed insieme l'imporsi di una concezione essenzialmente formale del principio di legalità, che riconosceva ai poteri normativi dell'esecutivo ed all'amministrazione spazi consistenti negli ambiti dei diritti statutari, finirono per ridimensionare sensibilmente, pertanto, un impianto dei diritti fondato sulla centralità della costituzione politica

²⁴ P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza 1965

rappresentativa. A partire dall'età crispina, tale impianto venne progressivamente orientandosi verso il modello statualistico di derivazione tedesca, che fu sentito dalla classe dirigente liberale come il più idoneo a fronteggiare lo sviluppo dei movimenti socialisti, irredentisti ed anarchici, ed al quale, come si accennerà più avanti, la prevalente dottrina giuridica italiana²⁵, peraltro non senza significative voci di dissenso²⁶, guardò con particolare ammirazione. Ciò aprì la strada, come testimonia in modo particolarmente evidente l'evoluzione del codice penale e del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza fra il 1859 ed il 1889, a discipline dei diritti di libertà, che furono vieppiù indirizzate a salvaguardare dal dissenso politico e sociale la stabilità degli ordinamenti politici, e che riservarono spazi sempre più consistenti alle intromissioni dell'autorità di polizia e dell'amministrazione nella sfera delle libertà statutarie. Questa linea di sviluppo subirà una deriva di segno statualistico-autoritario con l'avvento del regime fascista (leggi sulle associazioni del 1925-26, testo unico di p.s. del 1931, codici penali del 1930), il quale avrebbe condotto progressivamente al completo oblio dell'ispirazione liberale dello Statuto ed infine, con le leggi razziali del 1938, al sovvertimento del principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

II.3- Al fine di cogliere i tratti caratterizzanti della torsione statualistica del costituzionalismo liberale, la vicenda della costruzione dello *stato di diritto*

²⁵ V.E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche* diretta da A. Brunialti, Torino 1990, 919 segg.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo* diretto da V.E. Orlando, I, Milano 1902, 111 segg.; O. Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato cit.*, IV.1, Milano 1908, 580 segg.

²⁶ F. Ruffini, *Diritti di libertà* (1925), Firenze 1975.

(*Rechtsstaat*) nella Germania della seconda metà del XIX secolo è un passaggio fondamentale. Dopo la Rivoluzione francese, il liberalismo tedesco appariva diviso fra simpatie rivoluzionarie e suggestioni della tradizione organicistica, profondamente radicata nella storia della cultura tedesca e fondata sull'idea della prevalenza della dimensione comunitaria su quella individuale. Ciò condusse all'innesto, non privo di contraddizioni, di componenti liberali sul tronco di un ordinamento politico-statale unitario, che considerava il cittadino come parte di un *organismo* ad esso superiore e come subordinato al tutto. Il contrasto fra queste spinte divergenti è rispecchiato dall'evoluzione dei testi costituzionali della Restaurazione, mentre, nel corso dei moti rivoluzionari del biennio 1848-49, prevalse un'ispirazione più liberale, come nella Costituzione della *Paulskirche* di Francoforte, che conteneva un catalogo di «diritti fondamentali del popolo tedesco» assai ricco ed aperto alle conquiste del costituzionalismo europeo, e che era inquadrato entro la cornice di un comune diritto di cittadinanza.²⁷

Nel complesso, tuttavia, lo sforzo di costruire il processo di unificazione tedesca sull'idea della sovranità dell'organismo statale trovò vigorosa ispirazione nel pensiero dell'idealismo tedesco, ed in particolare nella filosofia di Fichte ed in quella di Hegel. Tali elaborazioni influenzarono in misura rilevante l'approdo ad una concezione delle situazione soggettive, che, capovolgendo il postulato giusnaturalistico della prestatualità dei diritti, fu incentrata sulla subordinazione dell'individuo allo stato, e sulla confluenza della società civile, intesa come il luogo del particolarismo e delle divisioni, nella superiore unità dell'organismo statale. Dopo

²⁷ T. Mommsen, *I diritti fondamentali del popolo tedesco*, ediz. Ital. a cura di G. Valera, Bologna 1994.

l'unificazione tedesca, e soprattutto nel quadro degli sforzi della dottrina di elaborare un *sistema* del diritto pubblico, insirizzato a ricostruire su basi dogmatiche gli assetti costituzionali del *Reich*, il nodo problematico del rapporto fra il singolo e la sovranità dello stato sfociò nella elaborazione della categoria dei *diritti pubblici soggettivi*. In essa confluirono le tensioni fra componenti liberali e tardoassolutistiche, fra statualismo ed organicismo, affiorate nella storia costituzionale tedesca del XIX secolo. In una prima fase dell'elaborazione della teoria dei diritti pubblici, le componenti tardoassolutistiche di questa appaiono nettamente prevalenti, ed i diritti pubblici vennero configurati come meri «diritti riflessi», effetti riflessi, cioè, del ritrarsi del potere statale dalla sfera degli individui²⁸, ovvero come mere articolazioni dell'ordinamento giuridico.²⁹ Verso la fine del XIX secolo, la teoria dei diritti pubblici soggettivi si sarebbe sforzata di armonizzare il postulato liberale della priorità dei diritti con il dogma della sovranità statale, e, in questa prospettiva, i diritti pubblici vennero configurati come il prodotto dell'autolimitazione dello stato nel mondo del diritto.³⁰

La teoria dei diritti pubblici soggettivi rappresentò il più raffinato tentativo di sistemazione giuridica degli approdi finali della concezione liberal-borghese della libertà individuale.³¹ Nel complesso, peraltro, essa sottendeva una visione riduttiva del ruolo dell'opinione pubblica e della funzione di garanzia svolta dal libero gioco delle

forze sociali, poiché dava vita ad una ricostruzione delle garanzie dei diritti costituzionali in perfetta sintonia con un quadro ancora ispirato dall'idea di fondo dell'indifferenza del diritto costituzionale alle articolazioni del tessuto pluralistico della società. È emblematica, anche sotto questo profilo, la classificazione dei diritti pubblici soggettivi proposta da Jellinek. Essa era basata sulla distinzione di quattro status fondamentali del cittadino, riassuntivi della complessiva posizione giuridica del soggetto nei suoi rapporti con lo stato: lo *status passivus*, che esprime la condizione di subordinazione alla legge; lo *status negativus*, che descrive la sfera della libertà del cittadino «dallo» stato; lo *status positivus*, che può fondare pretese del singolo a «prestazioni» da parte dello stato; lo *status activus*, che comprende infine i diritti di partecipazione politica nella vita dello stato.³²

La dottrina jellinekiana degli status ha avuto grande fortuna nelle successive ricostruzioni della struttura dei diritti costituzionali, e che essa, sebbene con integrazioni ed adattamenti, rappresenta ancora la base molte delle classificazioni dei diritti ricorrenti nella dottrina. E tuttavia non deve essere sottovalutato il contesto politico-costituzionale, sul cui sfondo tale teoria venne elaborata. In primo luogo, essa configurò gli altri status del soggetto, ed anzitutto lo *status negativus*, come sostanzialmente accessori rispetto allo *status passivus* di soggezione al potere statale, il quale potere, proprio in quanto è esso stesso vincolato al rispetto di determinati spazi di libertà, resta concepito come un potere in linea di principio illimitato. Inoltre, poiché il soggetto titolare dello *status negativus* non è l'uomo o il cittadino considerato nelle sue reali condizioni di vita, ma l'individuo astratto, ridotto a mero centro di imputazione di diritti e di

²⁸ C.F. von Gerber, *Diritti pubblici* (1852), a cura di P.L. Lucchini, Milano 1971.

²⁹ P. Laband, *Staatsrechtliche Vorlesungen*, a cura di B. Schlüter, Berlin 2004, 189 segg.

³⁰ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), ediz.ital. a cura di V. E. Orlando, Milano 1912.

³¹ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 313 segg.; P. Ridola, op. cit., 79 segg.

³² G. Jellinek, op. cit., 105 segg.

doveri, la libertà che a questi è riconosciuta non è riferita alle concrete condizioni sociali del soggetto, ma viene a configurarsi come una mera (ed astratta) libertà da costrizioni illegali.

III. “DIRITTI” E “VALORI”
NELLE COSTITUZIONI
DELLE DEMOCRAZIE
PLURALISTICHE: DAI
“DIRITTI PUBBLICI
SOGGETTIVI” AI “DIRITTI
FONDAMENTALI”

II.1- Le trasformazioni profonde del costituzionalismo democratico del XX secolo, prodottesi in Europa a partire dal primo dopoguerra, hanno causato radicali mutamenti anche sul terreno dei diritti costituzionali, per quanto riguarda l'ampiezza del catalogo dei diritti, la struttura delle situazioni soggettive ed i mezzi di tutela. L'allargamento del suffragio elettorale e la conseguente democratizzazione del processo politico, l'irrompere delle masse sulla scena politica e lo sviluppo dei partiti di massa organizzati e del movimento sindacale fanno entrare gradualmente in crisi i meccanismi di «razionalizzazione» del potere politico, che gli ordinamenti di tipo liberale avevano potuto conservare solo grazie all'omogeneità della base sociale politicamente attiva. Nello stesso tempo, lo sviluppo della legislazione sociale e del l'intervento dello stato nel campo dei rapporti economici in funzione correttiva delle disuguaglianze dilata progressivamente gli obbiettivi ed i compiti dello stato.

Questo imponente processo di trasformazione investe in pieno il problema del ruolo e della funzione delle costituzioni, ed insieme quello dei diritti e della regolazione degli ambiti della vita sociale, che esse debbono assicurare. Quanto al primo profilo, le costituzioni non sono più chiamate a riflettere l'universo coerente e compatto della

società borghese, ma a costituire la trama unificante di un tessuto sociale pluralistico ed anzi percorso da forti antagonismi. Nelle democrazie pluralistiche, pertanto, la funzione di unificazione politica delle costituzioni è divenuta intrinsecamente problematica, a causa della impossibilità di allocare la sovranità in un'unica entità, che incorpori monoliticamente l'unità e che trascenda il particolarismo e le divisioni della società. In tali assetti, invece, l'unità politica è essenzialmente *processuale*, non può che scaturire, cioè, da un *processo* di composizione di conflitti fra opinioni, interessi, tendenze divergenti. Per quel che riguarda il rapporto fra le istanze del pluralismo ed il ruolo dei diritti costituzionali, lo scenario che si è appena tratteggiato ha implicazioni rilevanti. Esso comporta altresì la posizione di tavole di valori e di orientamenti fondamentali della convivenza organizzata, che operano ad un tempo come base di un terreno d'intesa comune³³, come precipitato dell'*autocomprensione* di un'identità collettiva³⁴, e come strumento di alleggerimento della conflittualità del processo politico³⁵, che viene, per così dire, imbrigliata ed incanalata nell'alveo dei principi costituzionali. Secondo una ricostruzione che risale ai primi decenni del Novecento, la funzione di regolazione del conflitto, che le costituzioni del pluralismo sono chiamate a svolgere, può esprimere un livello di unificazione politica, a condizione che ad essa si riconosca una funzione di *integrazione*. In questo quadro, i diritti, in quanto precipuo fattore di integrazione delle democrazie pluralistiche, assumono il carattere di *diritti fondamentali* (“*Grundrechte*”), in quanto essi vengono incardinati in una

³³ P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts. 1980, 45 segg.

³⁴ E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994, 15 segg.

³⁵ N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), ediz. Ital. a cura di G. Palombella e L. Pannarale, Bari 2002, 47 segg.

visione complessiva della costituzione e ritenuti espressione di un sistema culturale di valori.³⁶

Per quanto concerne i diritti, la circostanza che le costituzioni delle democrazie pluralistiche tendano a porsi anzitutto come tavola di valori ordinativa di un processo di integrazione comporta, in primo luogo, che i cataloghi dei diritti costituzionali non siano espressione di assetti monodimensionali, cioè ispirati da un unico principio guida, come accadeva nel costituzionalismo liberale ottocentesco, ma che essi siano collocati lungo direttrici di orientamento potenzialmente antagonistiche (ad es., libertà e democrazia, diversità ed eguaglianza, mercato e solidarietà), ed aperte a molteplici virtualità di equilibrio e di temperamento, poiché questo assetto fondato sulle «possibilità» (*non modo sed etiam*), piuttosto che su alternative reciprocamente escludentisi (*aut aut*), corrisponde alle stesse necessità di sopravvivenza del pluralismo.³⁷

In secondo luogo, questo mutamento di funzione delle costituzioni ha comportato la dilatazione del catalogo dei diritti. Il punto di partenza è dunque l'apertura delle costituzioni democratiche europee del XX secolo alla società, alle reali condizioni di vita ed alla trama di relazioni sociali, entro le quali si dispiega la libertà umana. Un'apertura che, agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, la *Costituzione di Weimar* del 1919 espresse emblematicamente già nell'articolazione del catalogo dei «diritti e doveri fondamentali dei tedeschi», riferita rispettivamente alle «persone singole», alla «vita collettiva», al «fenomeno religioso», all'«educazione» ed alla «vita economica». E questa scelta, che innovava profondamente all'articolazione dei diritti nelle costituzioni liberali, fece infatti dell'esperimento weimariano il prototipo

ed il laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento.³⁸ L'elaborazione dei *Grundrechte* nell'esperienza weimariana rappresentò dunque, precisamente, la presa d'atto della fine della separatezza della costituzione dalla società, e del mutamento profondo del significato e della funzione delle costituzioni, le quali non poggiano più su un ordine razionale conforme alle leggi di natura, ma sulle divisioni della società, e vi era, ancora, l'acquisita consapevolezza che nel contenuto di esse si riflettono e si riproducono i complessi equilibri delle società pluralistiche. Una consapevolezza, questa, peraltro ben presente alla cultura weimariana: quando, per esempio, si sottolineò che le costituzioni sono oramai chiamate a «*organizzare* la libertà umana nella realtà sociale»³⁹, o ancora quando fu rilevato che esse tendono a privilegiare la dimensione «fondativa» dei diritti, in quanto fattori di integrazione dell'individuo nella comunità statale, rispetto a quella «emancipativa» di derivazione liberale.⁴⁰

III.2- Lo scenario appena abbozzato determina implicazioni rilevanti nella configurazione delle *garanzie* dei diritti costituzionali. Nelle costituzioni liberali le enunciazioni dei diritti restavano sullo sfondo di un sistema di garanzie, il cui perno era costituito dal principio di legalità e dalla tutela del soggetto da intromissioni e costrizioni non conformi alla legge. Nelle democrazie pluralistiche, per contro, la costituzione, per la sua funzione ordinatrice del pluralismo sociale, si pone essa stessa al centro della garanzia dei diritti. Il ruolo che in esse occupano i cataloghi dei diritti deve essere rapportato essenzialmente alla complessità sociale, cui la costituzione conferisce un quadro di riferimento ed

³⁶ R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1978, 89 segg.

³⁷ P. Häberle, op. ult. cit., 1 segg.

³⁸ W. Pauly, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen 2004.

³⁹ H. Heller, *Staatslehre* (1934), (1934), Tübingen 1983, 309.

⁴⁰ R. Smend, op. ult. cit., 303.

una tavola di valori.

Ciò ha comportato la dilatazione dell'area della garanzia dei diritti. Ciò non soltanto perché il nucleo delle garanzie si articola (e si differenzia) in relazione all'ampliamento del catalogo dei diritti, ma anzitutto perché lo stesso riconoscimento costituzionale di questi, componendo in un sistema di valori le identità e gli antagonismi presenti nella società, viene ad assumere una precipua funzione di garanzia, rivolta ad assicurare la priorità delle istanze sottese al catalogo dei diritti e la indisponibilità di questi contenuti di valore da parte di maggioranze politiche contingenti.

Inoltre, il passaggio dallo stato di diritto legislativo allo *stato costituzionale*⁴¹ ha portato all'accentuazione di una considerazione di tipo sistemico delle garanzie dei diritti. Queste, sviluppatesi, nell'età del costituzionalismo moderno, sul tronco della positivizzazione dei diritti fondati su basi giusnaturalistiche, e successivamente condizionate dall'itinerario della fondazione statualistica dei diritti, con il quale esse avevano finito per smarrire l'originaria attitudine antagonista e la loro forza di contrapposizione al potere statale, sembrano oggi, nelle esperienze dello stato costituzionale contemporaneo, sostanzialmente incardinate nelle tavole di valori delle costituzioni del pluralismo. Con queste tavole di valori il sistema delle garanzie si trova in un rapporto insieme di condizionamento e di interdipendenza, in quanto esso è chiamato a presidiare i complessi equilibri sociali, su cui tali costituzioni si basano.⁴² È stato osservato che, se la novità dello «stato costituzionale» è consistita nel l'aver subordinato l'ordinamento ad uno «strato più alto di diritto, stabilito dalla costituzione», ciò non ha comportato una «semplice integrazione dei principi dello stato di

diritto», ma una trasformazione più profonda.⁴³ Si può aggiungere che le costituzioni del pluralismo incorporano tensioni, conflitti, identità differenti, facendoli convivere in un quadro di integrazione, e che la direzione di senso della garanzia dei diritti è inseparabile dalla premessa che la costituzione ricerca il punto di equilibrio fra libertà e integrazione.⁴⁴

III.3. Si farà ora un rapido cenno alle questioni più dibattute, originate dal mutamento nell'impianto della garanzia dei diritti nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche. Una prima questione riguarda il rapporto fra i principi sottostanti alla disciplina dei diritti costituzionali, in quanto il pluralismo dei valori esprima orientamenti confliggenti con riferimento allo stesso diritto (ad es., l'invulnerabilità della libertà personale e la custodia cautelare, il diritto alla proprietà privata e la funzione sociale di questa), ovvero produca collisioni o interferenze fra gli ambiti di protezione di differenti diritti (ad es., fra la libertà di iniziativa economica e la libertà di manifestazione del pensiero).⁴⁵ Tale nodo problematico, che affida ampi margini alla discrezionalità del legislatore, chiamato a sviluppare i principi costituzionali ed a calare nell'ordinamento, attualizzandoli, gli orientamenti che la costituzione esprime, viene risolto attraverso le operazioni di *ponderazione* e di *bilanciamento* fra i diversi beni protetti dalla costituzione, cui provvedono le corti costituzionali. Tali operazioni presentano profili più problematici, allorché non sia possibile giungere ad individuare una gerarchia fra i valori coinvolti in esse. Si richiamano qui, peraltro, modelli differenti: la *ponderazione* (*Güterabwägung*), operata dalla

⁴¹ P. Häberle, *Lo stato costituzionale*, Roma 2006.

⁴² P. Ridola, op. cit., 112 segg.

⁴³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1993, 39.

⁴⁴ P. Ridola, op. cit., 54 segg.

⁴⁵ A. Baldassarre, op. cit., 91 segg.

giurisprudenza costituzionale tedesca, la quale muove dalla concezione della costituzione come *ordinamento di valori* (*Wertordnung*) e da una ricostruzione dei *Grundrechte* fondata su una gerarchia di valori culminante nell'intangibilità della dignità dell'uomo⁴⁶; e le operazioni di *balancing* praticate dalla Corte suprema statunitense, le quali nascono su basi culturali e filosofiche differenti e si fondano sulla identificazione, sull'apprezzamento e sulla comparazione degli *interessi* in conflitto.⁴⁷

D'altra parte, i diritti costituzionali formano diritto immediatamente vigente anche indipendentemente dall'interposizione del legislatore ordinario, tant'è che le relative norme costituzionali possono direttamente essere poste a fondamento di una pronuncia di incostituzionalità.⁴⁸ Se pertanto rispetto al legislatore non può mutare l'intensità del vincolo derivante da tali norme, l'ampliamento del raggio di azione dei diritti costituzionali ha sicuramente potenziato la capacità di penetrazione della costituzione nell'ordinamento. Ciò ha comportato peraltro una riduzione dell'efficacia prescrittiva delle norme costituzionali direttamente proporzionale all'estensione del potere di conformazione del legislatore nel dare attuazione o sviluppo alle norme stesse. In questa prospettiva, è stato anche paventato il rischio che una forza prescrittiva della costituzione interamente rimessa alle operazioni di bilanciamento delle corti costituzionali ne indebolisca la posizione di supremazia.⁴⁹

⁴⁶ P. Lerche, *Übermaßverbot und Verfassungsrecht*, II ediz., Goldbach 1999; B. Schlinck, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976; K.H. Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004.

⁴⁷ T.A. Aleinikoff, *Constitutional law in the age of balancing*, in *Yale Law Journal* 1987, 943 segg.

⁴⁸ G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1980, 100 segg.

⁴⁹ E.W. Böckenförde, *Staat Verfassung Demokratie*, Frankfurt a.M. 1991, 159 segg.; J.

III.4. Un secondo ordine problemi riguarda l'istituto della *riserva di legge*. Tale istituto è stato per decenni ricostruito come strumento di garanzia dei diritti, ed è peraltro innegabile che esso abbia svolto un ruolo centrale nel processo di consolidamento della egemonia borghese nelle istituzioni rappresentative, e che esso sia stato strettamente legato all'affermazione del principio della *preferenza di legge*.⁵⁰ Nelle costituzioni del pluralismo, peraltro, la riserva di legge ha potuto conservare tale funzione di garanzia, solo a prezzo di una radicale riformulazione del suo fondamento e della sua collocazione, che rispecchiano, l'uno e l'altra, l'ambivalenza della posizione della legge parlamentare nello stato costituzionale contemporaneo: strumento privilegiato di conformazione dei diritti costituzionali, intrinsecamente garantito sul terreno del procedimento in funzione della tutela del contraddittorio e delle minoranze parlamentari⁵¹, e ad un tempo strumento per veicolare nell'ordinamento gli orientamenti e gli obiettivi fondamentali della costituzione, e per vincolare allo sviluppo di questi il legislatore parlamentare.

La tensione fra crisi della antica supremazia della legge parlamentare e valorizzazione delle potenzialità di sviluppo dei diritti costituzionali, in essa racchiuse, risulta in modo particolarmente illuminante nel caso delle c.d. *riserve rinforzate*, strumento precipuo di garanzia dei diritti, cui la Costituzione italiana fa frequente ricorso. La costituzione, infatti, predeterminando per mezzo di esse il contenuto delle leggi nella materia riservata, ha introdotto un limite al principio maggioritario e

Habermas, *Fatti e norme* (1992), ediz. Ital a cura di L. Ceppa e P.P. Portinaro, Milano 1996, 285 segg.

⁵⁰ D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961.

⁵¹ S. Fois, *La riserva di legge*, Milano 1963, 243 segg.

all'autosufficienza dei meccanismi della democrazia procedurale.⁵² Occorre precisare che la contrazione del potere di disposizione della maggioranza parlamentare non si ripercuote solo sulle dinamiche del processo politico, contribuendo all'alleggerimento della conflittualità del processo politico, che esse contribuiscono a contenere nelle maglie di contenuti indisponibili ed insuscettibili di essere continuamente rimessi in discussione dal gioco delle maggioranze contingenti. Le riserve rinforzate rimarcano altresì il carattere fondante dei diritti costituzionali, la cui protezione è affidata ad esse, costringendo il legislatore al rispetto delle scelte di valore, che la costituzione ha già compiuto, attraverso la previa identificazione degli interessi confliggenti e la prefigurazione della soluzione del conflitto.

La discussione sull'evoluzione della riserva di legge è dunque un passaggio assai rilevante. Essa dimostra in primo luogo che la riserva, nonostante il forte ridimensionamento che essa ha subito per effetto dell'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo e soprattutto per l'impatto della normativa comunitaria, non può più essere considerata, come nell'esperienza degli ordinamenti liberali, uno strumento di garanzia della legalità in senso formale. In secondo luogo, con riferimento all'ordinamento italiano (che in ciò appare più rigorosamente garantista di altri, fra cui quello tedesco) va precisato che, alla luce dello sviluppo che è stato ricordato, l'aver punteggiato la disciplina costituzionale dei diritti di puntuali e specifiche riserve di legge, in gran parte rinforzate, vale a presidiare la forza normativa della costituzione dal rischio che una «riserva generale» del legislatore riguardo alla conformazione dei diritti sconfini nella rimessione della configurazione dei diritti stessi a

complessi normativi di fonte legislativa o a principi generali, che a questi fanno in larga misura riferimento.⁵³

III.5. Un terzo ordine di problemi tocca il contenuto del *principio di legalità*. La costruzione dell'architettura dei diritti costituzionali sulla persona, considerata nella concreta realtà delle sue condizioni di vita e dei suoi legami sociali, non consente di ridurre il principio di libertà alla legalità in senso formale, riduzione implicita nelle ricostruzioni di stampo giuspositivistico, che hanno considerato il soggetto privato solo come termine di una rete di rapporti con i poteri pubblici e fatto astrazione dalla sua collocazione nella società. Ciò vuol dire che la funzione legislativa è legittimata e vincolata allo stesso tempo da una concezione sostanziale della legalità costituzionale, la quale esige di propagarsi ed essere riprodotta anche al livello inferiore dell'ordinamento. Ciò dovrebbe coerentemente riflettersi sul principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri dal momento che, per poter assolvere alla funzione di vettore dei valori costituzionali nell'azione di tutti i soggetti pubblici, la legge non può più essere considerata come un astratto titolo di legittimazione, ma è chiamata a predeterminare anzitutto i contenuti dei poteri pubblici incidenti sulle sfere di libertà.

Dalle osservazioni che precedono risulta chiaro che, nonostante lo sforzo di collocare il principio di legalità nella cornice dello stato costituzionale, e di piegarlo a strumento di una concezione sostanziale della legalità costituzionale, la fisionomia che esso ha assunto negli ordinamenti dell'Europa continentale è stata condizionata sensibilmente dalle modalità con le quali l'affermazione della supremazia della legge si è embricata in un disegno di forte unificazione politica e, in particolare, si è intrecciata con gli itinerari

⁵² G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 308 segg.

⁵³ P. Ridola, *Introduzione a P. Häberle, Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma 1993, 20 seg.

della costruzione del dogma della sovranità dello stato. Alla luce di questo, si comprende perchè l'elaborazione della *rule of law* nell'ordinamento inglese e la recezione di essa negli ordinamenti influenzati dall'esperienza del *common law* abbiano seguito percorsi profondamente differenti. L'idea della *rule of law* accompagna invero, sin dalle origini medievali, lo sviluppo del diritto inglese. Ed essa, come strumento di protezione dei diritti, non può essere ricondotta esclusivamente alla supremazia di un diritto soggetto soltanto a modifiche deliberate dal potere legislativo, ma deriva anzitutto dalla supremazia del diritto così come amministrato dalle corti di giustizia, di un diritto, pertanto, del quale *statute law* e *case law* sono parti integranti e complementari.

Un altro aspetto fondamentale della *rule of law* consiste nel suo connotato antiformalistico, in quanto essa fa riferimento a criteri sostanzialistici di protezione dei diritti. La *rule of law* impone anzitutto il rispetto di un contenuto minimo, che deve essere base sostanziale di un sistema *legal* di protezione dei diritti contro gli abusi del governo. Secondo la nota ricostruzione di Dicey, l'espressione *rule of law* riassume tre istanze fondamentali: l'assenza di poteri arbitrari, l'eguaglianza dinanzi alla legge (che implica anzitutto l'eguale soggezione ad una giurisdizione comune), il carattere *judge-made* della stessa costituzione, i cui principi, anzitutto quelli di protezione dei diritti, sono il risultato di decisioni giudiziarie su casi particolari e non invece, come nella tradizione dell'Europa occidentale, il risultato di un processo di astrazione e di generalizzazione delle norme costituzionali.⁵⁴

In questa cornice, due aspetti assumono particolare rilievo. Il primo è quello concernente il *judicial review* sull'attività amministrativa, che, nell'ordinamento inglese, viene esercitato dai giudici ordinari attraverso un complesso articolato di congegni e rimedi processuali. Il secondo

aspetto riguarda la clausola del *due process of law*, che, nata anch'essa nell'esperienza della *common law* inglese, ha avuto applicazioni e sviluppi particolarmente significativi nell'esperienza statunitense, nella quale essa è stata costituzionalizzata (v. gli emendamenti V e XIV della Cost. Usa), per diffondersi poi anche negli ordinamenti europei. Anche la clausola del *due process of law* non contraddice alla forte impronta sostanzialistica della protezione dei diritti assicurata dalla *rule of law*. Essa dà invero risalto, per un verso, alle garanzie processuali ed alla dinamica del processo nei paesi di *common law*; per altro verso, il principio che nessuno può essere privato della vita, della libertà e della proprietà senza un "regolare" processo, racchiude nell'aggettivo *due* ("dovuto") molto più che la mera garanzia della legalità del processo. Esso fa appello anzitutto alla coscienza dell'uomo e ad un'idea di giustizia superiore, fondata sulla natura e sulla ragione, esprimendo un principio di valore etico-politico prima che giuridico.

IV. L'IMPIANTO DEI DIRITTI NELLA COSTITUZIONE ITALIANA. L'EFFETTIVITA' DEI DIRITTI COSTITUZIONALI. IL RAPPORTO TRA LIBERTA' E EGUAGLIANZA.

IV.1. Dopo la fine della seconda guerra mondiale, le costituzioni europee che si sono ispirate ai principi della *democrazia pluralistica* (la Costituzione della IV Repubblica francese del 1946, la Costituzione italiana del 1947 ed il *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca del 1949) hanno ampiamente utilizzato il bagaglio di esperienze del costituzionalismo europeo del primo dopoguerra, anche per quanto riguarda l'ampliamento dell'area e delle dimensioni dei diritti costituzionali. Le nuove carte costituzionali hanno peraltro rielaborato e rivisitato tali esperienze, in primo luogo nel quadro di un deciso rifiuto dei totalitarismi impostisi in

⁵⁴ A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, ediz.ital. a cura di A. Torre, Bologna 2005, 153 segg..

Europa nella prima metà del XIX secolo, e della volontà di opporre alle esperienze disumanizzanti della guerra, della persecuzione e dello sterminio, una immagine dell'uomo costruita su un patrimonio di diritti inviolabili.⁵⁵ In quest'opera di ricostruzione costituzionale furono assorbiti inoltre gli orientamenti prevalenti nella cultura politica dell'antifascismo europeo, alla quale il corporativismo societario di matrice cattolica, il pluralismo di derivazione laburista, il socialismo liberale, il federalismo democratico, il marxismo e la dottrina dell'economia sociale di mercato avevano recato il contributo più rilevante. Si tratta, come è evidente, di componenti culturali molto diverse ed in alcuni casi antagonistiche, la cui incidenza sui processi costituenti europei fu condizionata dal contesto politico dei singoli paesi e dalla situazione internazionale.

Nella Costituzione italiana, in particolare, l'architettura dei diritti inviolabili (secondo la dizione accolta dall'art.2) ha risentito dei caratteri peculiari del compromesso costituente, cui parteciparono forze politiche che si richiamavano al cattolicesimo democratico, al liberalismo ed al marxismo: forze portatrici di ideologie politiche contrapposte, ma tutte legittimate in modo paritario al patto costituente dalla comune partecipazione alla resistenza ed al movimento di liberazione, e tutte bisognose di un quadro costituzionale, che per il futuro fosse, in funzione di unificazione politica, terreno comune d'intesa, ma anche, in funzione di garanzia, il perno di un pluralismo ad ampio raggio di legittimazione dei gruppi sociali.⁵⁶

L'impianto dei diritti costituzionali poggia pertanto sul *principio pluralista*, pure accolto dall'art. 2, e sul *principio di eguaglianza sostanziale* (art. 3, 2°

comma). Tali principi non furono il risultato di un mero scambio tattico fra i cattolici e le sinistre in Assemblea costituente, ma esprimono l'opzione in favore di un disegno di trasformazione sociale e di diffusione di *chances* di libertà, del quale entrambi dovevano essere il perno.

Nella forma di stato delineata dalla Costituzione italiana, in definitiva, il significato del principio pluralistico è inseparabile dal rilievo costituzionale della disomogeneità e della conflittualità del tessuto sociale. Ciò ha indirizzato ad una lettura integrata degli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost., che non si limita a considerarli come l'espressione di istanze potenzialmente antagonistiche (la libertà e l'eguaglianza), presenti nella Costituzione repubblicana e in essa come giustapposte e insuscettibili di armonizzazione sistematica.

IV.2- Nelle esperienze costituzionali europee del secondo dopoguerra è peraltro possibile cogliere alcuni tratti comuni che informano l'edificio dei diritti costituzionali. Il primo è il principio della intangibilità della *dignità dell'uomo*. Esso è affermato solennemente dall'art. 1 della Legge fondamentale tedesca, e, nel disegno complessivo di questa, ha non soltanto una evidente spiegazione storica (la reazione contro i mezzi di annientamento della persona umana messi in opera durante il regime nazista), ma ad esso si è riconosciuto altresì il ruolo di architrave dell'architettura dei diritti fondamentali.⁵⁷ La Costituzione italiana non fa invece riferimento espresso alla dignità dell'uomo, ma, secondo un'interpretazione autorevole⁵⁸, l'art. 2 dà risalto al *principio personalista*, che con quello dell'intangibilità della *Menschenwürde* presenterebbe tratti di affinità anzitutto nel rispettivo contesto

⁵⁵ P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, II ediz., Berlin 2003.

⁵⁶ P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano 1987, 188 segg.

⁵⁷ C. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen 1997.

⁵⁸ C. Mortati, *La persona, lo stato, le comunità intermedie*, Roma 1959.

culturale. Il testo dell'art. 2 scaturì peraltro da un tormentato dibattito che, in Assemblea costituente (e soprattutto nella prima sottocommissione), vide contrapporsi il personalismo di matrice cattolica, che fra le due guerre, era stato oggetto in particolare in Francia di suggestive elaborazioni filosofiche, la forte pressione delle sinistre allo scopo di salvaguardare nell'impianto dei diritti costituzionali spazi consistenti alla conflittualità ed alle opportunità di trasformazione del sistema economico e sociale, ed infine, sullo sfondo, e con un ruolo politicamente minoritario ma significativo sul terreno della formulazione tecnica, la cultura liberale, tradizionalmente attenta ai congegni giuridici di garanzia dei diritti.

Il compromesso raggiunto in Assemblea costituente consentì peraltro di fissare alcuni punti fermi della norma base sui diritti. In primo luogo, il principio della *anteriorità* e della *precedenza* dei diritti rispetto al riconoscimento dello stato, in quanto essi preesistono a questo come bagaglio insopprimibile della personalità individuale. In secondo luogo, la sottolineatura della dimensione sociale dei diritti, della circostanza che questi debbono consentire lo sviluppo della personalità individuale, che si dipana nella società, nella concretezza dei rapporti di vita e delle *legature sociali* dell'individuo. Questa attenzione alla assoluta priorità del valore dello sviluppo della personalità individuale, ed insieme alla dimensione sociale dei diritti, intesi come patrimonio dell'*homme situè* nel contesto della società, costituisce un tratto peculiare dell'art. 2 della Costituzione italiana.

Dal quadro che si è tracciato emerge la complessità dei motivi che sono confluiti nel testo dell'art. 2. Ed invero, sebbene alla formulazione dell'art. 2 Cost., così come in parallelo a quella sulla *Menschenwürde* nell'art. 1 GG, non sia stato estraneo un rinnovato interesse per il giusnaturalismo, sviluppatosi nel clima

culturale del secondo dopoguerra soprattutto attraverso il filtro del pensiero cattolico, la comprensione dell'impianto dei diritti nella Costituzione italiana richiede una cifra di lettura più comprensiva. Essa dovrebbe tener conto, in primo luogo, che, nella Costituzione italiana, il riferimento alla dignità ha una connotazione incentrata sulla concretezza delle condizioni di vita (la *dignità sociale* di cui all'art. 3, 1° comma). Questa non possiede lo spettro e la valenza onnicomprensivi della *Menschenwürde* della Legge fondamentale tedesca, ma concorre in ogni caso a porre sullo sfondo dell'impianto dei diritti un'immagine dell'uomo, che dalla concretezza del radicamento dell'individuo nella società non può fare astrazione. Inoltre, il nesso fra l'art. 2 e l'art. 3, 2° comma, Cost., oltre che incidere sulla configurazione del principio pluralista, si ripercuote in maniera pregnante sull'impianto dei diritti costituzionali, che trascende il tradizionale profilo negativo della garanzia dei diritti di libertà, per spingersi nella direzione di un complessivo disegno di liberazione e di innovazione sul terreno sociale, nel quale confluiscono la dimensione garantista e la dimensione programmatica, le libertà tradizionali ed i diritti sociali.⁵⁹

IV.3- Altro tratto comune alle costituzioni europee del secondo dopoguerra è l'attenzione al profilo della *effettività* dei diritti costituzionali.

L'impegno a rimuovere le diseguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale, e ad arginare la formazione di *poteri privati* è un tratto caratterizzante della forma di stato di democrazia pluralistica, che appunto nell'obbiettivo di compensazione delle diseguaglianze sul terreno economico-sociale ripone il punto di equilibrio fra libertà e integrazione, fra conflitto e

⁵⁹ C. Mortati, *Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 225 segg.

consenso.⁶⁰ Anche ciò affonda le radici nella cultura politica fra le due guerre, e si connette alla rivendicazione della *libertà dal bisogno*, come condizione che rende possibile l'accesso ad uguali *chances* di libertà e l'effettivo godimento dei diritti da parte del singolo. Questo obiettivo fu posto a fondamento della politica del *New Deal*, intrapresa negli anni Trenta dal presidente statunitense Roosevelt, e ricevette poi ampio risalto (oltre che nel preambolo della Costituzione della IV Repubblica francese) nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 (artt. 22 ss.).

Alla necessità di promuovere l'effettivo godimento dei diritti le costituzioni hanno fatto fronte generalmente attraverso la previsione di obblighi positivi dei poteri pubblici, ma con modalità e secondo approcci differenti. Quanto al primo profilo, occorre osservare che la garanzia della effettività dei diritti richiede, da un lato, che, rispetto ai tradizionali diritti di libertà (ad es., la libertà di manifestazione del pensiero), dai poteri pubblici vengano attivati, oltre che misure di protezione, *compiti di regolazione*, finalizzati a garantire una effettiva condizione di parità nell'accesso a determinati spazi di libertà; dall'altro, esige la realizzazione di condizioni di base (in campo economico, culturale, occupazionale), che rendono possibile la diffusione delle *chances* di libertà.

La Costituzione italiana ha scelto la via della traduzione dei compiti pubblici di prestazione in *diritti sociali*, che, pur rinviando ad attività positive dello stato e dei poteri pubblici in determinati settori (lavoro, salute, assistenza, istruzione), qualificano vere proprie e situazioni soggettive, da cui i corrispondenti compiti pubblici rampollano.

L'impegno dei poteri pubblici alla rimozione degli squilibri e delle diseguaglianze di fatto, che ha trovato

espreso riconoscimento nell'art. 3, 2° comma della Costituzione italiana, costituisce il corollario del principio della effettività dei diritti. Pertanto, la protezione di spazi di libertà e la garanzia dell'eguaglianza interferiscono più strettamente che in passato. Mentre la concezione *negativa* dei diritti comporta il rischio della stabilizzazione dello *status quo* all'interno della società, la spinta ad assicurare l'effettività dei diritti richiede risposte a domande attive di libertà, che sono istanze di liberazione dai fattori condizionanti che ostacolano la realizzazione della personalità. Ciò ha fatto balzare in primo il profilo della diffusione delle *chances* di realizzazione di identità molteplici e della possibilità dell'effettivo esercizio dei diritti.

La prospettiva indicata, che le costituzioni del XX secolo hanno sperimentato sul terreno della libertà dal bisogno, e con riferimento quindi alle diseguaglianze di natura economico-sociale, si rivela peraltro ancora ricca di suggestioni in un'epoca nella quale la domanda attiva di libertà ha investito la sfera del rispetto della identità e della dignità delle persone a fronte delle nuove forme di emarginazione, di subalternità e di omologazione. Realtà ed aspettative delle società plurali contemporanee, determinate dai processi di secolarizzazione e di comunicazione fra culture differenti, hanno indirizzato pertanto un recente indirizzo di pensiero alla rivisitazione del rapporto fra libertà ed eguaglianza. Poiché invero nel principio di eguaglianza confluiscono le istanze della salvaguardia di identità molteplici e della parità nell'accesso agli spazi di libertà, ad esso non si adatterebbe più lo schema universalistico ereditato dalla tradizione rivoluzionaria in Francia, e ciò dovrebbe indirizzare ad un differente approccio ricostruttivo, fondato su un inedito intreccio fra diversità (di identità, di sesso, di culture, di stili di vita, ecc.: *Vielfalt*) e solidarietà.⁶¹

⁶⁰ U. Scheuner, *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlin 1978, 135 segg.

⁶¹ E. Denninger, op. ult. cit., 23 segg.

Il sistema delle garanzie dei diritti presenta oggi pertanto una complessità non riducibile entro lo schema della *protezione*, in quanto esso include anche una componente di *promozione* dei diritti, orientata dal quadro dei valori costituzionali. Non sembra che ciò comporti l'abbandono della parabola dei diritti nella storia del costituzionalismo. Al contrario, sembra possibile cogliere in questo ampliamento di prospettiva una linea di continuità con la tradizione dei limiti all'assolutezza del potere, una linea finalizzata peraltro allo sviluppo del soggetto considerato nella concretezza della dimensione della socialità. Un soggetto, si deve aggiungere, le cui domande di libertà sono oggi condizionate in misura crescente da un elevato livello di differenziazione sociale. Se infatti le società plurali contemporanee debbono far fronte alle sfide di nuove tensioni e di nuovi fattori di conflittualità, i diritti costituzionali non possono che operare in una duplice direzione, come fattori di differenziazione del tessuto sociale, e come fattori di promovimento delle condizioni per la compiuta realizzazione ed il pieno sviluppo di identità differenti.⁶²

IV.4- Passando ora in rassegna rapidamente le principali implicazioni del principio della effettività dei diritti, si segnala anzitutto la efficacia dei diritti costituzionali nei rapporti fra privati⁶³ (la c.d. *Drittwirkung der Grundrechte*, secondo la espressione in uso nella dottrina tedesca, cui se ne deve la ricostruzione dommatica più elaborata⁶⁴). Nella dottrina italiana, questa dilatazione del raggio di azione dei diritti costituzionali è stata fatta discendere precisamente da una lettura combinata degli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost., la quale

si irradierebbe poi sull'interpretazione di singoli disposti costituzionali, nel senso di assicurare il godimento dei diritti anche nei confronti di intromissioni o di lesioni provenienti dai soggetti privati.⁶⁵ Si profila qui una ulteriore significativa cesura rispetto agli ordinamenti di tipo liberale, alle cui istanze di fondo ed alla cui ideologia era perfettamente congeniale la separazione fra il diritto costituzionale, i cui termini di riferimento erano il cittadino e il potere statale, ed il diritto civile, chiamato a regolare dall'esterno i rapporti giuridici interprivati. Il riconoscimento dell'efficacia dei diritti costituzionali nei rapporti fra i privati deriva non soltanto dal superamento di una condizione di indifferenza delle costituzioni rispetto alla rete di rapporti della società civile, ma soprattutto dall'assunzione in costituzione di finalità di riequilibrio nei rapporti interni alla società civile, di protezione dei soggetti più deboli e di contenimento dei *poteri* privati. L'efficacia orizzontale ha dunque ampliato il raggio di azione dei diritti costituzionali non soltanto nel senso di una promozione dei diritti indirizzata alla rimozione degli squilibri, ma perché ha esteso lo stesso profilo difensivo della garanzia dei diritti anche rispetto alla protezione del privato confronti di posizioni egemoni di altri soggetti privati (ad es., nei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, fra giornalista e impresa giornalistica, fra privati che concorrono nel settore dell'informazione, fra i diversi soggetti della competizione e della comunicazione politica, fra il singolo associato e l'associazione).

Va osservato peraltro che all'efficacia orizzontale dei diritti è stata solo in alcuni casi riconosciuta una operatività diretta, nel senso cioè che le norme costituzionali diano immediato fondamento ad una pretesa soggettiva azionabile nei confronti

⁶² P. Ridola, *Diritti di libertà* cit., 37 seg.

⁶³ Corte cost., sentt. 559 del 1987, 122 del 1970

⁶⁴ H.J. Papier, *Drittwirkung*, in D. Merten- H.J. Papier (a cura di), *Handbuch der Grundrechte*, II, Heidelberg 2006, 1331 segg.

⁶⁵ V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. del lavoro* 1954, 73 segg.

di altro soggetto privato (nel campo, ad es., dei rapporti di lavoro o del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*⁶⁶). Più spesso l'efficacia orizzontale ha un'operatività indiretta, sia nel senso di vincolare il legislatore ad attuare questo principio nella disciplina di determinati ambiti (si pensi, ad es., alla legge n. 300/1970 sullo *statuto dei diritti dei lavoratori*, alla legge n. 152/1975 di riforma del diritto di famiglia, alla legge n. 675/1996 sul trattamento dei dati personali), sia nel senso di costituire un canone di interpretazione del diritto privato e delle clausole generali del diritto civile, sia, infine, nel senso di far discendere dalle norme costituzionali *obblighi di protezione* dello stato nei confronti dei beni privati costituzionalmente protetti.⁶⁷

Tale ultimo allargamento dell'efficacia orizzontale dei diritti, che è suscettibile di operare in ambiti assai estesi dell'ordinamento (ad es., nel campo del diritto penale), è sicuramente un importante indicatore della emersione di un profilo istituzionale o ordinamentale dei diritti. Non sembra tuttavia che lo schema ricostruttivo degli obblighi di protezione si presti ad un'applicazione indiscriminata senza far sorgere interrogativi e profili problematici. Occorre osservare in primo luogo che la generalizzazione dello schema degli obblighi di protezione (secondo una linea ricostruttiva presente nell'esperienza tedesca ed in parte nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁸) comporta il rischio di far soggiacere i diritti costituzionali a limitazioni onnicomprensive e derivanti da clausole generali, e che questa soluzione è sicuramente preclusa dalla Costituzione italiana, che ha scelto di

circoscrivere la sfera di protezione dei diritti con limitazioni puntuali, le quali consentono a loro volta l'intervento solo di determinati poteri (ad es., l'autorità giudiziaria o quella amministrativa), e con riserve di legge altrettanto puntuali, piuttosto che nella cornice di un potere generale di conformazione dei diritti riconosciuto al legislatore. In secondo luogo, sullo sfondo della teoria degli obblighi di protezione non è difficile intravedere un ritorno, sebbene in una versione aggiornata, alla fondazione statualistica dei diritti. Secondo uno sviluppo di questo indirizzo ricostruttivo, il sistema delle garanzie sarebbe imperniato su un generale obbligo statale di protezione, cui corrisponde un generale *diritto alla sicurezza* del privato, articolato sui tre livelli della sicurezza fisica, della libertà da intromissioni e della sicurezza sociale, e con una struttura essenzialmente difensiva.⁶⁹ Sembra però che, nonostante lo sforzo di adattare questa ricostruzione a nuove domande di libertà (il tentativo, ad esempio, di configurare la costellazione di interventi in campo ambientale come mezzo di attivazione del diritto alla sicurezza fisica), non sia possibile circoscrivere in tal modo la efficacia dei diritti nei rapporti interprivati, poiché questa, proprio sul terreno della garanzia nei confronti dei poteri privati (sul terreno, ad es., dei rapporti fra pluralismo e mercato), esige oggi interventi regolativi altrettanto quanto misure di protezione.⁷⁰

V. LA MULTIDIMENSIONALITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI. L'INVOLABILITÀ DEI DIRITTI

V.1. Alla luce del quadro che si è tratteggiato, sembra pertanto che la

⁶⁶ Corte cost., sentt. 516 del 2000, 177 del 1984, 88 del 1979, 156 del 1971.

⁶⁷ A. Cerri, *La Costituzione e il diritto privato*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, I, II ediz., Torino 1998, 129 segg.

⁶⁸ J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, II ediz., Berlin 2005.

⁶⁹ J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York 1983.

⁷⁰ P. Ridola, *Diritti fondamentali cit.*, 136 segg.

classificazione degli *status* del cittadino, elaborata nel quadro della teoria dei diritti pubblici soggettivi, non offra più una griglia del tutto adeguata alla comprensione delle norme costituzionali sui diritti. Nelle democrazie pluralistiche si profila infatti una molteplicità di *dimensioni* dei diritti costituzionali. Essa è lo specchio della dilatazione del loro raggio di azione, indica, per così dire, le direttrici orientative di ciascun diritto, ed è perfettamente speculare agli assetti costituzionali della *società aperta*, che sono essi stessi pluridimensionali, poiché in essi devono armonizzarsi principi ed orientamenti differenti e talora confliggenti. In questo quadro, la componente *difensiva* dei diritti (quella degli *Abwehrrechte* nella dottrina tedesca dei diritti fondamentali⁷¹), che definisce spazi di libertà protetti da interferenze e da aggressioni esterne, resta un aspetto prioritario, in quanto essa, indipendentemente dalla sua derivazione storica dalla teoria liberale della società, corrisponde ad un nucleo indefettibile della posizione giuridica del soggetto, che è fattore primario del libero sviluppo della persona nella varietà delle sue espressioni.

E peraltro, questa *dimensione individuale di derivazione liberale* rinvia alle elaborazioni teoriche dello stato di diritto borghese. Essa individua una funzione fondamentale comune alla maggior parte delle norme costituzionali sui diritti, che è quella di garantire al singolo spazi di libertà che si oppongono alle ingerenze dei poteri pubblici, e nei quali ciascuno è libero di autodeterminarsi e di autorealizzarsi. Secondo i postulati della concezione liberale classica, questa dimensione dei diritti individua una sfera di libertà per definizione prestata. Di essa, tuttavia, il profilo dell'assenza di impedimenti o di costrizioni, costituisce solo un aspetto, poiché l'idea di libertà di derivazione

liberale poggia anzitutto sul presupposto dell'autonomia morale e della capacità di autoregolazione. Tale dimensione, benché funzionale alle istanze del liberismo economico e sviluppatasi entro l'orizzonte della società borghese, offre peraltro un esempio paradigmatico di quel fenomeno di neutralizzazione, cui sono andati soggetti molti principi del costituzionalismo liberale: i principi liberali della libera competizione e del libero sviluppo delle energie che si sprigionano dalla società, recuperati in tale ottica neutrale e non più circoscritta alla sfera dei rapporti economici, costituirebbero pertanto un nucleo indefettibile delle esperienze costituzionali del pluralismo, e ad un tempo base del riconoscimento costituzionale di identità diverse ed argine ai rischi della omologazione sociale. È tuttavia venuta meno l'assolutezza di tale dimensione dei diritti, che era invece postulata dalle teorie liberali, poiché essa deve armonizzarsi con altre dimensioni stratificatesi nel sistema costituzionale. Lo sviluppo dinamico dei diritti, imposto dalla complessità dei fini fondamentali che orientano gli assetti dello stato costituzionale contemporaneo, ha comportato infatti l'intreccio di molteplici significati dei diritti.

V.2. È stata individuata quindi una dimensione *istituzionale o ordinamentale*, che configura i diritti costituzionali, oltre che come situazioni individuali fondative di pretese nei confronti dei pubblici poteri, come elementi costitutivi dell'ordinamento costituzionale complessivo.⁷² I sostenitori di questa linea interpretativa muovono dalla premessa che la libertà individuale può risultare astratta e priva di effettività, qualora la si consideri avulsa dalla cornice istituzionale che ad essa consente di svilupparsi. La libertà individuale

⁷¹ R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 2003.

⁷² P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, ediz. ital. A cura di P. Ridola, Roma 1993, 115 segg.

richiede un contesto ordinamentale delle condizioni di vita, il quale si traduce in complessi normativi che ad essa conferiscono una direzione e danno sicurezza.

A questa prospettiva teorica, che peraltro muove dalla premessa metodologica del contemperamento fra aspetto soggettivo e aspetto istituzionale, è stata da più parti mossa la critica di condurre ad offuscare la centralità della dimensione individuale dei diritti.⁷³ Essa condurrebbe invero a identificare l'esercizio dei diritti con l'assolvimento di compiti nella dimensione ordinata del sociale, ed il contenuto dei diritti nei complessi normativi che li plasmano, con la ulteriore conseguenza che, se questi sono di fonte legislativa, rischierebbero di assurgere questi stessi a metro di interpretazione delle norme costituzionali. Questo approccio darebbe avallo, infine, alla copertura costituzionale della condizione di privilegio di fatto riconosciuta a determinati istituti o fenomeni sociali (ad es., alle c.d. *garanzie di istituto* elaborate dalla dottrina weimariana: proprietà, famiglia, diritto successorio etc.⁷⁴).

Ben aldilà del suo radicamento nella letteratura e nella giurisprudenza tedesche, ove esso è stato elaborato, l'aspetto istituzionale dei diritti è divenuto una formula riassuntiva, per esprimere la funzione sistemica dei diritti costituzionali e l'ampliamento del raggio di azione di questi aldilà dello schema tradizionale del rapporto fra individuo e poteri pubblici. Si comprende allora perché a tale dimensione istituzionale siano stati ricondotti, come si è già ricordato, non solo l'efficacia orizzontale dei diritti nei rapporti interprivati e gli obblighi di protezione dello stato, ma gli stessi tradizionali diritti a carattere negativo, che, considerati dal differente

angolo visuale dell'ordinamento generale, si configurerebbero come norme che negano ai poteri pubblici competenze e possibilità di intervento in determinate sfere di libertà individuale.⁷⁵

In questa prospettiva, infine, alla dimensione istituzionale dei diritti costituzionali va ricondotta anche la loro funzione di parametri del controllo di costituzionalità, ed inoltre quella di concorrere all'individuazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sottratti al procedimento di revisione della costituzione, segnatamente con riferimento a quei diritti, i quali esprimono norme costituzionali di rango più elevato, poiché «appartengono all'essenza dei valori supremi» sui quali poggia l'assetto costituzionale.⁷⁶

Inoltre, con l'affermazione di una dimensione istituzionale dei diritti è intimamente connessa la garanzia della intangibilità del *contenuto essenziale* dei diritti (*Wesensgehaltgarantie*), affermata espressamente in alcune costituzioni (art. 19.II Legge fond. Tedesca, art. 53.I Cost. Spagna), ma non in quella italiana. Secondo l'interpretazione prevalente di tale garanzia, essa avrebbe lo scopo di presidiare, di ciascun diritto, niente di più di quel che è già immanente alla totalità dei valori costituzionali, cosicché il fulcro della garanzia dei diritti verrebbe individuato non più in una sfera di libertà intrinsecamente illimitata, ma nel nucleo di valore in cui ciascun diritto «sin da principio» è incastonato.⁷⁷

V.3- Nell'ordinamento costituzionale italiano, la discussione si è incentrata essenzialmente sull'estensione e sul significato dell'attributo della *inviolabilità* dei diritti, a questi riferito in generale dall'art. 2 Cost., ed in particolare ad altri espressamente richiamati (artt. 13,

⁷³ E.W. Böckenförde, *Staat Verfassung Demokratie* cit., 124 segg.

⁷⁴ U. Mager, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen 2003, 6 segg.

⁷⁵ E. Denninger, *Staatsrecht*, II, Hamburg 1979 183 seg.

⁷⁶ C. cost., sent. n. 1146 del 1988.

⁷⁷ P. Häberle, *Le libertà fondamentali* cit., 39 segg.

14, 15 e 24 Cost.). Quanto al primo profilo, sembra che l'argomento letterale, che finirebbe per circoscrivere la qualificazione dell'inviolabilità solo alle espressioni della libertà individuale in senso stretto, trascuri che, nel sistema costituzionale complessivo, queste concorrono a definire l'assetto della forma di stato insieme ad altre, come le libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, le espressioni del pluralismo politico, di quello economico-sociale, cui tale attributo non è testualmente riconosciuto. D'altra parte, la soluzione opposta, che estende l'inviolabilità a tutti i diritti costituzionali che caratterizzano la fisionomia della forma di stato, va incontro all'obiezione di affidare all'interprete il compito di collegare l'inviolabilità ad una *scala di valori*, all'interno della quale i vari diritti dovrebbero trovare la propria collocazione ed il proprio rango, ma nella definizione della quale le opzioni ideologico-culturali dell'interprete avrebbero un peso determinante.

Secondo un indirizzo ricostruttivo intermedio, sebbene il testo dell'art. 2 Cost. rechi tracce di suggestioni giusnaturalistiche diffuse fra i costituenti, l'inviolabilità dei diritti ha un fondamento costituzionale positivo, sebbene essa richieda di essere interpretata secondo «criteri o schemi di valutazione particolarmente ampi», i quali debbono tener conto che ai complessi equilibri delle costituzioni del pluralismo corrisponde uno «statuto variegato dei diritti inviolabili».⁷⁸

Quanto poi alle implicazioni della inviolabilità dei diritti, essa comporterebbe in ogni caso, per tutte le situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute, una *garanzia di esistenza*, e per altri diritti, i quali risultano indissolubilmente legati al principio del libero sviluppo della personalità, che ha

⁷⁸ A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 102 segg.

un risalto prioritario negli artt. 2 e 13 Cost., e che è peraltro condizione di operatività degli stessi principi democratico e pluralistico⁷⁹, essa comporterebbe anche una *garanzia di contenuto*, la quale si estenderebbe al nucleo o al contenuto essenziale dei diritti, che non potrebbero formare oggetto di revisione *ex art.* 138 Cost. senza ledere i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.⁸⁰

V.4- Alla concezione istituzionale dei diritti viene spesso accostata molto dimensione dei diritti come espressione di *sistemi di valore*. Questo approccio interpretativo, che prende le mosse dalla *teoria dell'integrazione* di Rudolf Smend, ha avuto molta fortuna nella giurisprudenza costituzionale tedesca, che a partire dal *Lüth-Urteil*, ha elaborato la concezione dei *Grundrechte* come espressione di una *Wertordnung*.⁸¹

Secondo questo indirizzo, i diritti fondamentali esprimono un sistema di valori culturali», che conferisce al singolo uno «*status* materiale che ne qualifica l'appartenenza alla comunità statale. Ciò comporta anzitutto che il contenuto della sfera di libertà riconosciuta dalla costituzione si identifichi nella realizzazione di un ordinamento di valori, e che tale sfera non preesista a questo, ma in questo sia completamente incastonata. Anche muovendo da questo approccio, i diritti vengono dunque essenzialmente configurati come elementi dell'ordinamento complessivo, dei quali viene peraltro maggiormente accentuato, rispetto alle concezioni istituzionali, il carattere dinamico, in quanto essi sono esposti agli esiti del continuo processo di attualizzazione e di adeguamento dei valori comunitari.

⁷⁹ L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 566 segg.

⁸⁰ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 53 segg.

⁸¹ T. Ronsmann, *Wertordnung und Verfassung*, Tübingen 2006.

Affine alla concezione istituzionale è ancora l'idea di fondo che i diritti soggiacciono a direttive di orientamento che trascendono la dimensione individuale, in quanto il dinamismo del processo di attualizzazione dei valori fa sì che l'interpretazione dei diritti si risolva in un'operazione scientifico-spirituale che deve far salire in superficie il valore racchiuso in ciascun diritto, disvelandolo attraverso la correlazione con la coscienza culturale collettiva che si viene storicamente evolvendo.

L'approccio fondato sulla teoria dei valori può approdare alla relativizzazione del profilo di libertà racchiuso in ciascun diritto, in quanto esso venga finalizzato alla realizzazione di determinati valori e venga funzionalizzato in ragione di uno schema dialettico della conformità/difformità rispetto al sistema dei valori. In questa prospettiva, la circostanza che, sullo sfondo dei diritti costituzionali, venga riconosciuta una trama di valori non monoliticamente compatta, ma che riflette le articolazioni del tessuto pluralistico, è un fattore decisivo perché il sistema dei valori possa esprimere virtualità di diffusione di *chances* di libertà. È evidente infatti che solo l'assunzione del presupposto della pluralità e del temperamento dei valori può circoscrivere i rischi della inclusione del principio di libertà in una logica secca di corrispondenza ai valori e della completa prevaricazione di esso ad opera della mutevole coscienza collettiva, e che il richiamo al sistema di valori possa risolversi in pratica nella mera copertura di una sorta di decisionismo dell'interprete e dei giudici.

V.5- Alla questione della correlazione fra i diritti ed i valori costituzionali si riannoda la controversia, molto dibattuta nella dottrina italiana, sul *numero* dei diritti inviolabili e sulla *flessibilità* del relativo catalogo. Ci si è domandato se l'art. 2 Cost. configuri una formula riassuntiva (o un mero preannuncio) dei diritti singolarmente enumerati dal testo

costituzionale, i quali costituirebbero pertanto una serie chiusa, o se invece esso consenta, attraverso interpretazioni di tipo estensivo, l'apertura del catalogo ad altri diritti non enumerati. Il problema ha acquistato con gli anni un rilievo crescente, poiché, per un verso, i mutamenti del costume e della coscienza sociale e lo sviluppo tecnologico hanno fatto emergere l'arretratezza e l'insufficienza del catalogo costituzionale dei diritti, sul terreno, ad esempio, della protezione del diritto alla riservatezza, dei diritti legati alla evoluzione dei mezzi di comunicazione di massa ed alla comparsa dei collegamenti informatici, sul terreno dell'ambiente e della tutela dei consumatori, della bioetica e dei diritti delle generazioni future. Per altro verso, la generalizzazione dell'adesione degli ordinamenti costituzionali a principi largamente riconosciuti nel campo della tutela dei diritti umani ed il moltiplicarsi di carte internazionali e regionali in questa materia hanno posto le basi di un nuovo universalismo dei diritti proiettato oltre i confini dello stato nazione.⁸² Un processo che ha «messo in comunicazione» gli ordinamenti costituzionali, sovranazionali ed internazionali dei diritti, immettendo peraltro in questo circuito comunicativo e cooperativo anche diritti non contemplati nella costituzione italiana (ed invece, ad es., riconosciuti nell'ordinamento dell'Unione europea o in quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Occorre riconoscere che questo scenario ha sicuramente indotto la giurisprudenza costituzionale a soluzioni improntate a criteri flessibili, con riferimento, ad es., ai diritti alla vita, al decoro ed all'onore, all'intimità, all'abitazione, all'identità sessuale, ecc. .⁸³

⁸² P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts. 1980, 287 segg.; J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, Milano 1998, 216 segg.

⁸³ La giurisprudenza costituzionale, che aveva optato inizialmente per una lettura chiusa del catalogo dei diritti, ha poi progressivamente

Questo orientamento, peraltro, è oggi seguito anche dalla dottrina, pur secondo approcci metodologici divergenti e con sfumature differenti. Così, ad esempio, gli autori i quali hanno negato che l'art. 2 configuri il catalogo dei diritti come una fattispecie aperta, non sembrano perciò stesso escludere una interpretazione estensiva delle disposizioni costituzionali sui diritti, ed anzi riconoscono che tali disposizioni, interpretate, da sole o congiuntamente ad altre, *magis ut valeant*, sono suscettibili di esprimere potenzialità di ampliamento dell'ambito di protezione dei singoli diritti, sicché, in definitiva, almeno alcuni dei c.d. *nuovi diritti* rientrerebbero in fattispecie normative concernenti diritti espressamente riconosciuti. Tale operazione interpretativa incontrerebbe peraltro limiti penetranti, quando l'emersione di nuovi diritti generi «insanabili antinomie con altre norme costituzionali» o determini «la nascita di una illimitata serie di obblighi a carico dei consociati e dei pubblici poteri», ed imporrebbe in ogni caso «prudenti bilanciamenti normativi».⁸⁴

Sull'altro versante, fra gli autori i quali hanno sostenuto la tesi dell'apertura del catalogo dei diritti aldilà della tassativa enumerazione costituzionale, sembra possibile individuare almeno due posizioni differenti. La prima muove dalla premessa che il processo di laicizzazione

abbandonato, già a partire dagli anni Settanta, questo indirizzo. Fra i diritti individuati dalla giurisprudenza si ricordano: il diritto alla riservatezza e all'immagine (C.cost., sentt. 13 del 1996, 463 del 1994, 13 del 1996 e 38 del 1973), il diritto alla rettifica (C.cost., sent. 225 del 1974), il diritto alla libertà e all'identità sessuale (C. cost., sentt. 561 del 1987 e 161 del 1985), il diritto alla vita (C. Cost., sentt. 54 del 1986 e 27 del 1975), il diritto al rispetto della dignità umana (C.cost., sent. 346 del 1989 in tema di accompagnamento di disabili), il diritto al nome (C. cost., sentt. 268 del 2002, 297 del 1996 e 13 del 1994), il diritto all'abitazione (C. cost., sentt. 28 del 1990, 559 del 1989 e 404 del 1988).

⁸⁴ A. Pace, op. cit., 33 segg.

del diritto naturale e la trasformazione di questo in un *diritto storico*, che rimanda all'insieme dei valori sottostanti al diritto positivo, imporrebbero di risalire dalle fattispecie puntualmente espresse dal testo costituzionale ai principi della costituzione materiale, così come essi vengono assunti dal giudice e dall'interprete, e da costoro rielaborati anche alla luce dei mutamenti della coscienza sociale. La clausola generale dell'art. 2 offrirebbe pertanto la via per superare le angustie del catalogo dei diritti enumerati e per aprire l'ordinamento costituzionale alle nuove domande di libertà espresse dalla società.⁸⁵

Una seconda posizione muove dalla critica del fondamento extrapositivo dei diritti inviolabili, per prospettare una lettura dell'art. 2 Cost. come norma di riconoscimento di un principio generale del libero sviluppo della personalità (con qualche analogia con il corrispondente diritto fondamentale contemplato dall'art. 2.1 della Legge fond. tedesca). Tale principio, il quale abbraccerebbe non solo il profilo negativo della libertà, ma altresì quello positivo della libertà come autorealizzazione, offrirebbe una «garanzia-riconoscimento globale» del valore libertà, in esso racchiuso, il quale non può peraltro mai esaurire la sua portata deontica in singoli e puntuali contenuti, corrispondendo alle molteplici potenzialità della «tensione» del singolo verso la libertà la inesauribilità del «valore libertà» nelle svariate sue esplicazioni e direzioni. La configurazione delle libertà costituzionali come valori darebbe evidenza, da un lato, alla capacità espansiva dell'art. 2 Cost., e dall'altro vincolerebbe il catalogo dei diritti ad una «tipizzazione tematizzata» e canalizzata al fine di «consentire l'esplicazione del valore di fondo, che è quello del libero sviluppo della

⁸⁵ A. Barbera, *Art.2*, in *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, diretto da G. Branca, Bologna- Roma 1974, 69 segg.

personalità».⁸⁶

V.6- La *dimensione democratico-partecipativa* si fonda sull'assunto che gli ordinamenti democratici hanno visto accresciuta la «funzione» politica o pubblica dei diritti, la quale si è estesa aldilà dei confini dei tradizionali diritti dello *status activus civitatis* (ad es., diritto elettorale attivo e passivo). Le libertà di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione, le garanzie del pluralismo politico e di quello sindacale sono non solo fattori essenziali della formazione dell'opinione pubblica democratica, ma altresì strumenti di partecipazione politica. Esse sono dunque condizioni basilari di una democrazia vivace, «pietre angolari» di un ordinamento democratico⁸⁷, e fattori costitutivi di un processo politico ispirato ai principi della democrazia liberale. Anche questa prospettiva presenta tratti di affinità con la su ricordata teoria dell'integrazione. I diritti costituzionali, in quanto strumenti di garanzia della libertà del processo di formazione della volontà politica del popolo, contribuiscono alla «edificazione» dello stato, ed il loro inserimento nel processo di integrazione pone al centro del sistema dei diritti il cittadino partecipe, anziché l'individuo chiuso nel bozzolo di una sfera di libertà essenzialmente a-politica.⁸⁸

Negli ordinamenti di democrazia pluralistica, pertanto, la sfera pubblica non coincide più con quella statale, poiché il processo politico si svolge, almeno in parte, nella società. Attraverso il libero confronto delle opinioni ed il libero gioco delle forze e dei gruppi sociali, che si svolgono all'interno di questa, si realizza quella fase di «preformazione» degli indirizzi politici, che è sicuramente pubblica, ma non anche

statale, sebbene essa sia finalizzata a trasmettere impulsi agli organi costituzionali dell'indirizzo politico. Occorre aggiungere che, se l'area dei diritti costituzionali si è dilatata nella direzione della effettività e della diffusione delle *chances*, e se questo «carica» anzitutto il processo politico di un «compito costituzionale» da perseguire, rispetto a tutto ciò le dinamiche del processo politico non sono irrilevanti. Un processo politico che si svolga liberamente è condizione di una democrazia pluralistica che favorisca la partecipazione ad esso del maggior numero possibile di voci, facendo da esso emergere non «una verità superiore, assoluta, un valore assoluto superiore agli interessi dei gruppi, ma un *compromesso*».⁸⁹

Non c'è dubbio peraltro che l'assunzione di una unilaterale concezione «funzionale» dei diritti sia fonte di gravi distorsioni, che la dottrina ha spesso stigmatizzato.⁹⁰ Se l'esercizio delle libertà viene piegato in funzione di un interesse superiore, l'elemento di volontarietà e di libera scelta, in esso racchiuso, passa in secondo piano e viene per lo meno relativizzato, ed il titolare del diritto rischia di apparire anzitutto come il titolare di un ufficio o il portatore di un obbligo. Ed ancora, se la garanzia di determinate sfere di libertà viene configurata anzitutto come un mezzo o come una «funzione» del processo politico, ciò può determinare la tendenza a «selezionare» le espressioni delle libertà costituzionali in rapporto alla funzione cui esse debbono servire, e ciò può ulteriormente implicare una restrizione dei canali della comunicazione pubblica.

V.7- Anche la *dimensione sociale e di prestazione* dei diritti è intimamente legata al superamento del presupposto liberale di uno spazio di vita interamente

⁸⁶ F. Modugno, *I <nuovi diritti> nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1995, 3 segg.

⁸⁷ C. Cost., sent. 19 del 1962

⁸⁸ R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968, 309 segg.

⁸⁹ H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1981, 94 segg.

⁹⁰ A. Pace, op. cit., 83 segg.

rimesso all'autarchia individuale. Tale prospettiva muove, al contrario, dalla premessa che la concretizzazione degli spazi di libertà individuale presupponga una dimensione sociale dei diritti, ed un quadro di prestazioni e di rapporti sociali, che affida ai poteri pubblici il compito di superare la cesura fra libertà giuridica e libertà reale. Questa dimensione sociale e di prestazione trascende anch'essa la sfera dei diritti sociali in senso stretto, giacché ogni diritto includerebbe anche una componente positiva⁹¹, e da ogni diritto deriverebbe, da un lato, l'impegno dei poteri pubblici a creare i presupposti sociali per la sua concretizzazione, dall'altro il sorgere di pretese soggettive a prestazioni pubbliche o alla partecipazione ad istituzioni o a procedimenti, dai quali tale concretizzazione dipende. Questo quadro pone vari ordini di problemi. In primo luogo, la garanzia dell'effettività dei diritti viene fatta dipendere in misura rilevante dalla disponibilità di risorse pubbliche, giacché la scarsità di queste ridonda giocoforza in una limitazione del livello di protezione del diritto. In questa prospettiva, è interessante rilevare che la previsione di clausole di assicurazione di livelli essenziali di prestazioni, destinate a rimuovere squilibri o a garantire l'omogeneità delle condizioni di vita, chiama in causa, in molti ordinamenti federali o regionali, il rapporto fra stato ed autonomie⁹², ma che anche ciò comporta in ogni caso lo spostamento della protezione dei diritti sul terreno dell'organizzazione dei poteri.

In secondo luogo, il nesso fra concretizzazione dei diritti ed accesso alle prestazioni pubbliche o ai procedimenti di prestazione solleva delicati problemi di controllo sulle scelte discrezionali del legislatore, con particolare riguardo alla determinazione degli *standard* di accesso alle prestazioni, ed alla selezione dei

soggetti, dei gruppi, delle organizzazioni sociali che possono partecipare ai procedimenti. Infine, le incertezze sulla giustiziabilità della dimensione di prestazione dei diritti, che spesso riveste un carattere residuale e si colloca solo sul terreno della tutela rispetto a casi estremi di inattività o di abuso, comportano che ciascun diritto, in corrispondenza del suo profilo positivo o di prestazione, subisca una contrazione della sua operatività come situazione/pretesa soggettiva, con il rischio che esso, considerato all'interno di tale dimensione, si riduca ad un mero compito affidato dalla costituzione ai poteri pubblici.

V.8- In conclusione, il profilarsi di molteplici dimensioni solleva problemi di interpretazione dei diritti costituzionali⁹³, specialmente quando tali dimensioni risultino stratificate all'interno dello stesso diritto (della libertà di associazione, della libertà di informazione, del diritto alla salute, ad esempio). Ciò dovrebbe orientare alla costruzione di una sistemazione dei diritti costituzionali che rifugga da approcci unilaterali, i quali non sembrano adeguati alla complessità delle costituzioni del pluralismo. Ove invece si utilizzino chiavi interpretative, che assolutizzino ciascuna delle differenti dimensioni che in ogni diritto risultano stratificate, ognuna di esse, considerata isolatamente, può appunto far smarrire tale complessità. Così, ad esempio, qualora vengano considerate in modo unilaterale, la dimensione individuale di derivazione liberale rischierà l'approdo alla chiusura, o all'indifferenza al profilo dell'effettività dei diritti ed alla capacità di arginare l'espansione di poteri privati forti; quella istituzionale comporterà il rischio della stabilizzazione e della sclerotizzazione dei principi ordinatori di

⁹¹ P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts. 1980, 163 segg.

⁹² Artt. 117, II co., lett. m) e 119, V co. Cost.

⁹³ E. W. Böckenförde, *Staat Verfassung Demokratie* cit., 115 segg.; E. Denninger, *Staatsrecht* cit. II, 181 segg.; H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover 1993

determinati ambiti di vita, e della loro stabilizzazione in istituti di privilegio in favore di sfere della società; quella orientata sui sistemi di valore il rischio della soggezione dei diritti alle oscillazioni della coscienza sociale; quella democratico-partecipativa il rischio della torsione funzionale dei diritti e della trasformazione degli spazi di libertà in sfere di competenza; ed infine, quella legata allo sviluppo dello *status di prestazione* correrà il rischio di avere come unico sbocco la completa remissione dell'effettività dei diritti alla discrezionalità politica e la loro trasformazione in principi costitutivi di *compiti* affidati ai poteri pubblici.

In definitiva, è difficile sostenere che l'allargamento del raggio di operatività dei diritti ed il riferimento a *valori* che orientano il sistema costituzionale lascino intravedere solo l'esito della relativizzazione del contenuto di essi. L'emersione di un'idea di libertà come concetto costituzionale aperto a sviluppi e virtualità molteplici è fenomeno carico di conseguenze rilevanti e che impone un radicale ripensamento della dogmatica dei diritti fondamentali secondo un criterio assiologico piuttosto che prescrittivi. La vicenda delle trasformazioni dei diritti si presenta perfettamente speculare agli itinerari, intrinsecamente problematici, della prescrittività della costituzione nelle democrazie pluralistiche.⁹⁴ Vi è un parallelismo nel nesso fra ampliamento dei contenuti del diritto costituzionale e graduazione della efficacia prescrittiva delle norme costituzionali, ed in quello fra multidimensionalità dei diritti ed estensione e differenziazione delle loro forme di tutela.

VI.- IL FUTURO DEI DIRITTI NEL COSTITUZIONALISMO COOPERATIVO

⁹⁴ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, XX ediz., Heidelberg 1990, 5 segg.

In conclusione, deve essere fatto un accenno ai futuri scenari dello sviluppo dei diritti costituzionali ed alle principali questioni aperte della politica costituzionale dei diritti. Anzitutto al tema dell'*universalismo dei diritti*, quello del nuovo costituzionalismo dei diritti, che sempre più tende a formarsi e ad aprirsi su base cooperativa attraverso interdipendenze e processi comunicativi all'interno di una dimensione pubblica allargata, che collega gli stati, le organizzazioni regionali e quelle internazionali. In tale vicenda non è stato difficile ravvisare una rinnovata ed inedita versione dell'antica universalità dei diritti su base giusnaturalistica.⁹⁵ Con la differenza che l'antica universalità aveva finito per affidare le sue *chances* alle risorse della compattezza degli assetti costituzionali e delle categorie del diritto pubblico dello stato-nazione; la nuova universalità le affida alle risorse di un costituzionalismo *multilevel*, che dispone la protezione dei diritti lungo canali diversi, infrastatali (i cataloghi dei diritti nelle costituzioni degli stati membri o delle regioni), statuali, sovranazionali ed internazionali.

Si intravede su questo sfondo la trasformazione profonda dell'idea della cittadinanza, tradizionale contenitore dei diritti nel diritto pubblico dello stato nazionale. Entro i confini di questo, essa ha espresso il collegamento alla sovranità all'interno di un corpo sociale considerato in una monolitica dimensione unitaria. Laddove la cittadinanza tende a perdere il collegamento con un'identità politica con caratteri di esclusività ed il radicamento in quella visione universalistica dei legami di appartenenza, che è stata propria delle esperienze storiche dello stato nazionale, per diffondersi in una molteplicità di legami identitari (con il comune, la regione, lo stato, l'Unione europea).

È assai dibattuto se tutto ciò rifletta la

⁹⁵ J. Habermas, *L'Occidente diviso*, Bari- Roma 2005, 107 segg.

peculiare condizione dei diritti in un'epoca caratterizzata dalla coesistenza fra la ricerca di precondizioni comunicative fondate su un'etica del riconoscimento⁹⁶ e l'irrigidimento delle identità collettive e dei legami di appartenenza; percorsa dalla tensione fra omologazione indotta dai processi di secolarizzazione e dalle accresciute opportunità di comunicazione fra le culture, e impossibilità di ricomporre gli elementi di diversità radicati nel tessuto sociale in una totalità unificata da un connettivo universalistico, a causa dell'ispessimento di forti legami di appartenenza nell'ambito di cerchie sociali più ristrette, radicati in identità di tipo culturale, etnico, sessuale, religioso, localistico o nella condivisione di condizioni di marginalità sociale.⁹⁷

Gli scenari appena abbozzati lasciano solo intravedere direttrici di sviluppo problematiche. Anzitutto quelle che toccano più da vicino i cataloghi dei diritti, e che vedono emblematicamente emergere, nei testi costituzionali e nelle carte dei diritti più recenti (ed in particolare nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*), il motivo conduttore della neutralità rispetto alla molteplicità delle concezioni del mondo e quello della dignità umana, con un'attenzione prevalente, quanto a quest'ultimo, ai temi della bioetica, del diritto alla vita, dell'integrità fisica. Da questi documenti emerge una cultura dei diritti, che riflette le aspettative ed i problemi di società fortemente secolarizzate, ma anche caratterizzate da quel fenomeno di dispersione dei *cleavages* e di moltiplicazione delle identità, che è stato il tratto caratterizzante dopo la crisi delle grandi famiglie politiche, che hanno costituito l'ossatura delle costituzioni e delle carte

⁹⁶ A. Honneth, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, ediz. ital. a cura di C. Sandrelli, Milano 2002.

⁹⁷ P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, 76 segg.

dei diritti del secondo dopoguerra. E ciò emerge in modo tanto più evidente, se si tiene presente che la funzione di «integrazione» (nel senso smendiano) dei cataloghi dei diritti si sviluppa proprio sul terreno della convivenza di molteplici *demoi*, e non più sullo sfondo di quell'unicità del *demos*, che aveva costituito il presupposto dell'universalità dei diritti nelle esperienze costituzionali dello stato nazione.⁹⁸

Sono, anche questi, spunti da cui affiorano elementi di ambiguità. Da un lato, infatti, non è difficile scorgere, sullo sfondo dell'attenzione dei più recenti cataloghi dei diritti ai temi della dignità umana, della qualità della vita, del rifiuto delle forme estreme della marginalità sociale, la risposta ai rischi crescenti della commercializzazione dei diritti fondamentali e del superamento del presupposto che essi siano intrinsecamente legati alla sfera dell'indecidibile, ciò che era valso in passato a metterli al riparo dalle decisioni della politica, ma che rischia oggi di assoggettarli alle decisioni del mercato delle società globalizzate.⁹⁹ Dall'altro, sembra invece sbiadire la sensibilità per la dimensione economica e di classe della conflittualità sociale, che aveva caricato di forte *pathos* le costituzioni europee del secondo dopoguerra, e lo stesso valore del lavoro sembra perdere quella centralità che in quelle esso aveva assunto, fino a connettersi saldamente con lo stesso modello di democrazia (secondo la linea tracciata, ad es., dall'1 Cost.).¹⁰⁰

Un'ultima notazione riguarda il

⁹⁸ P. Ridola, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di S.P. Panunzio e E. Sciso, Milano 2002, 83 segg.

⁹⁹ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Bari-Roma 2001; U. Allegretti, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina 2002.

¹⁰⁰ M. Revelli, *Oltre il Novecento. La politica, le ideologie e le insidie del lavoro*, Torino 2001, 33 segg.

legame fra i diritti ed i compiti pubblici di prestazione. La *crisi fiscale dello stato*, ed insieme un clima culturale diffuso, che ha spinto a valorizzare le virtualità che il privato è in grado di sviluppare, qualora venga liberato dalle maglie di un settore pubblico troppo invadente, hanno messo certamente in discussione un impianto dei diritti costituzionali che dà forte risalto ai profili della prestazione pubblica e della promozione. Ma ciò, anche con riferimento all' Italia, non manca di sollevare interrogativi, tanto più ove si ritenga che il principio solidaristico, accolto dall'art. 2 Cost., non offra una copertura al senso del reciproco riconoscimento come membri dello stesso gruppo, ma che esso operi sul terreno più ampio della convivenza in società ad elevato livello di differenziazione, e che questa idea più larga della solidarietà, intesa come legame repubblicano di cittadinanza in una società pluralistica¹⁰¹, non sia estranea al quadro della Costituzione. In esso, invero, il principio solidaristico viene a collocarsi al crocevia fra il sistema dei diritti e l'impegno della Repubblica alla rimozione delle disuguaglianze di fatto: esso è precisamente il perno del legame repubblicano di cittadinanza, che si traduce nel diritto di partecipare pienamente al retaggio sociale.¹⁰² E resta parimenti aperto l'ulteriore interrogativo se, ed in qual misura, una dimensione di prestazione dei diritti, che faccia leva sulle risorse di una *cittadinanza attiva* (secondo il modello alternativo ai paradigmi dello stato e del mercato, suggerito dalle esperienze del terzo settore), sia in grado di sostituire l'impianto dello stato di prestazione. In ogni caso, l'intreccio fra cittadinanza

¹⁰¹ G. Frankenberg, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Baden Baden 1996; U. Volkmann, *Solidarität. Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen 1988.

¹⁰² T.H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, ediz. ital. a cura di P. Maranini, Torino 1976, segg.

attiva, solidarietà ed effettività dei diritti si rivela particolarmente significativo alla luce della peculiare condizione della libertà individuale nella società del rischio, caratterizzata da una spiccata tendenza alla individualizzazione delle forme di vita, e che pone a carico degli individui un continuo processo di armonizzazione con la fitta trama degli imperativi sociali (del mercato del lavoro, del sistema formativo, di quello assistenziale ecc.).¹⁰³

Tutto ciò pone al diritto costituzionale sfide solo in parte inedite. Tensione dell'individuo alla realizzazione della sua personalità ed impossibilità di sfuggire ad un quadro sociale di riferimento segnano tutto lo sviluppo storico dei diritti costituzionali.

BIBLIOGRAFIA: R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1986; G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.* XXIV, Milano 1974, 274 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, diretto da G. Biondi, Bologna-Roma 1974, 50 ss. U. BECK, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna 2000; I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Milano 1989; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat Verfassung Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M. 1991; P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà* (1946), in *ID., Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, II, Firenze 1966, 374 ss.; A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, II ediz., I, Torino...., 129 ss.; P. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano 1986; V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. del lavoro* 1954, 73 ss.; E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, ediz. ital. a cura di C. Amirante, Torino 1998; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), a cura di R. Romeo, Bari-Roma 1984; *I diritti fondamentali oggi*, Atti del Convegno annuale dell'

¹⁰³ U. Beck, *I rischi della libertà*, Bologna 2000.

Associazione italiana dei costituzionalisti , Padova 1995; *I diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale* (Atti del Convegno dell'Unione italiana dei giuristi cattolici), Milano 1977; G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 117 ss.; R. DWORKIN , *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982; C.ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1958; L. FERRAJOLI , *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino 1995 ; C.F.v. GERBER, *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano 1971; J. HABERMAS , *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Bari 1974; P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/ Ts. 1980 ; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale* (1983), ediz. ital. a cura di P. Ridola, Roma 1993; F.A. von HAYEK , *La società libera* (1960), Firenze 1969; H. HOFMANN, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen 1995; J. ISENSEE , *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts*, a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, V, Heidelberg 1992, 143 ss; J. ISENSEE , *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin- New York 1983; G. JELLINEK , *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), ediz. ital. a cura di V. E. Orlando, Milano 1912; K. H. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000; L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma 1997; B. LEONI, *La libertà e la legge* (1961), a cura di R. Cubeddu, Macerata 1995; N. LUHMANN , *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), ediz. ital. a cura di G. Palombella e L. Pannarale, Bari 2002; C.B. MACPHERSON , *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. L'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (1962), ediz. ital. a cura di A. Negri, Milano 1978; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Torino 1976 ;D.MERTEN- H.J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,I, Entwicklung und Grundlagen*, Heidelberg 2003; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1995;; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978), ediz. ital. a cura di

G. Gozzi, Bari-Roma 2001; V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Bruni, Torino 1890, 919 ss.; A.PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003; F.PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, IV,1, Milano 1908, 550 ss. ; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006; S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, I, Milano 1902, 111 ss.; F.RUFFINI, *Diritti di libertà* (1925), Firenze 1975; H.P. SCHNEIDER, *Caratteri e funzioni dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Diritto e società* 1979, 206 ss.; 1984; A.SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Bari-Roma 1997; Q. SKINNER, *La libertà prima del liberalismo*, Torino 2001; R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, II ediz., Berlin 1978; C.STARCK , *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen 1995;; L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (1953), Genova 1990

Paolo RIDOLA

