

*Diritti fondamentali - Fascicolo 1/2016
Anticipazioni - 15 giugno 2016*

“Che cosa e’ un diritto fondamentale”. *

La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi **.

di

Vincenzo Baldini *

SOMMARIO: 1. Premessa. PARTE I: DINAMICHE EVOLUTIVE NELLA DETERMINAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DAL CRITERIO FORMALE GIURIDICO-POSITIVO –I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI DIRITTI DI RANGO COSTITUZIONALE- AL CRITERIO SOSTANZIALE – I DIRITTI UMANI NELLA PREVISIONE DI FONTI PRIMARIE. 2. La dimensione storica dei diritti fondamentali come positivizzazione dei diritti morali. 3. Diritti dell’ uomo e diritti fondamentali costituzionali nella relazione giuridico-positiva. 4. I diritti fondamentali nello Stato liberale e nello Stato costituzionale democratico: aspetti problematici di un’ esperienza evolutiva. 5. Dimensione teoretica dogmatica ed esperienza applicativa dei diritti fondamentali. segue: i diritti come nonnorme (ma come principi). 6. Diritti fondamentali e teorie dei diritti: tra concezione sostanziale ed approccio giuridico-formale: affinità e antinomie nel pensiero di Robert Alexy e Luigi Ferrajoli. PARTE II: APPROCCI CLASSIFICATORI DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DINAMICHE DELL’ ESPERIENZA APPLICATIVA. 7. Classificazioni dei diritti fondamentali e pluralismo degli approcci ordinatori. PARTE III: ASSETTO MULTILIVELLO E GENERALIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. 8. La dimensione ultra- e/o sovrastatale della tutela dei diritti. PARTE IV: INCOMPIUTEZZA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E PROBLEMATICHE DI ATTUAZIONE. 9. La dimensione dogmatico-metodologica nella determinazione della portata garantista dei diritti fondamentali. 10. La dimensione garantista: diritti a tutela immediata, diritti neutri, diritti di creazione legislativa. 11. Conclusioni: i diritti fondamentali e il Menschenbild costituzionale.

1. Premessa.

L’interrogativo: “che cosa è un diritto fondamentale ?”(che è anche il tema di fondo di questo Seminario di studi) può apparire sicuramente suggestivo

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

ma anche inconsueto se si considera l'abbondante letteratura giuridica in materia, non soltanto italiana, a cui poter attingere per una risposta.

D'altro canto, è anche vero che l'esperienza dei diritti fondamentali risulta sempre più caratterizzata da un pluralismo di fonti di produzione di diverso livello (nazionale, sovranazionale, internazionale), oltre che da una varietà di approcci esegetici, che può ragionevolmente consentirsi all'affermazione di *Mary Ann Glendon* che i diritti oggi sono "in subbuglio"¹. Da qui, il tentativo di misurarsi prima di tutto con l'interrogativo di fondo circa la natura, il senso e la portata dei diritti fondamentali. Tali diritti configurano in Costituzione la più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà fondamentali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona², nonché di interessi anche collettivi ritenuti meritevoli di copertura costituzionale. Ma, oltre questo comune denominatore, i diritti in questione si sviluppano nel contesto di un'esperienza variegata, caratterizzata, in ogni caso, da un dinamismo creativo che implica un continuo adeguamento e ricomposizione del sistema dei diritti fondamentali. Tale dinamismo appare supportato, in primo luogo, dal contributo del giudice costituzionale nazionale, inoltre, dagli orientamenti dei giudici europei (Corte di Strasburgo e Corte UE) nell'esegesi delle rispettive Carte dei diritti, a cui l'ordinamento è tenuto a prestare osservanza; in fine, dagli esiti del dialogo costituzionale transnazionale che al livello di Stati europei coinvolge, oltre che i legislatori nazionali, soprattutto le Corti costituzionali e i giudici di merito.

* Relazione introduttiva svolta al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, dal titolo: "Cos'è un diritto fondamentale", Cassino, 10 e 11 giugno 2016.

** Questo lavoro desidero dedicare al mio Maestro Prof. Michele Scudiero, ai cui mirabili insegnamenti devo ogni aspetto della mia formazione, scientifica e personale.

¹ M. A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, Soveria Mannelli, 2007.

² K.-H. Ladeur, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrrechtlichen Dimension der Grundrechte*, in *Der Staat*, 50 (2011), p. 493 ss., part. p. 504 ss.

L' intreccio sempre più strutturato (quando non proprio le effettive interdipendenze) tra sistemi interni ed esterni di diritti fondamentali finisce per aprire questi ultimi ad una dimensione di universalità pratica, come espressione del consenso prestato dai singoli Stati ad atti convenzionali di tutela dei diritti, nell' ottica di quella che suggestivamente è stata definita come l' "età dei diritti"³.

Poste tali premesse, vorrei qui sinteticamente anticipare alcuni principali punti-chiave delle considerazioni che tenterò di argomentare nel corso di questo lavoro, a partire dai termini della relazione tra i diritti fondamentali ed i diritti umani, loro originari precursori. Un piano di riflessione attiene poi al metodo di determinazione dei diritti fondamentali, stante che l' approccio giuridico-positivo, basato sulla loro natura costituzionale in quanto sanciti all' interno della Carta fondamentale, sembra soffrire gli effetti del consolidamento di un assetto multilivello di tutela di tali diritti, in relazione al quale il dato formale, costituito dalla natura della fonte di produzione, si mostra recessivo rispetto al dato sostanziale, relativo alla consistenza del diritto in questione. Nella pratica, riesce difficile se non impossibile distinguere i diritti fondamentali dai diritti umani positivizzati, la cui intrinseca portata universale, quali diritti naturali o morali, si stempera nelle maglie del diritto positivo statale⁴.

Ragionando, poi, di teoria dei diritti fondamentali, la loro costante pluralizzazione ne rende in effetti recessivo il riferimento come base dell' attività esegetica condotta dal giudice, mentre sembra prevalere, al riguardo, un approccio di tipo causistico, marcatamente pragmatico-funzionale. Peraltro, il costante sviluppo dei diritti fondamentali come "compiti di azione", insieme alla loro configurazione quali regole di principio, se per un verso, finisce in certi

³ N. Bobbio, *L' età dei diritti*, Torino, 1992.

⁴ J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, in *AöR* 140 (2015), p. 169 ss., part. p. 181.

casi per indebolirne la portata garantista, legittima per altro verso la consistenza politica dell' azione legislativa mirata alla loro attuazione. Nondimeno, in un siffatto contesto, in cui emerge l' intreccio di diritti, valori e obiettivi costituzionali, si rivela nel complesso meno o poco convincente il richiamo al principio di ottimizzazione come criterio obiettivo che deve guidare la scelta del legislatore in materia.

In fine, lo sviluppo del dialogo transnazionale, il cui obiettivo ultimo potrebbe riguardare l'elaborazione di fatto di un diritto costituzionale europeo, può trovare un limite insuperabile nel sistema nazionale dei valori costituzionali.

PARTE I: DINAMICHE EVOLUTIVE NELLA DETERMINAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DAL CRITERIO FORMALE GIURIDICO-POSITIVO –I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI DIRITTI DI RANGO COSTITUZIONALE- AL CRITERIO SOSTANZIALE – I DIRITTI UMANI NELLA PREVISIONE DI FONTI PRIMARIE.

2. *La dimensione storica dei diritti fondamentali: i diritti fondamentali come positivizzazione dei diritti morali.*

Nella individuazione dei diritti fondamentali (*fundamental rights, droit fondamentaux, Grundrechte*), è parso prevalente, in dottrina e giurisprudenza⁵, il ricorso ad un criterio formale, o giuridico-positivo, quello cioè della previsione di essi nella Carta costituzionale. Tale prevalenza si spiega, oltre che per la intrinseca relatività di ogni metodo sostanziale di qualificazione di tali diritti, con la loro connessione intrinseca all' essenza del costituzionalismo ed alla portata della Costituzione quale Legge fondamentale.

⁵ “La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali,..., intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti...”: Cons. Sta., Ad. Pl., sent. 12 aprile 2016, n.7 (Pres. Pajno – est. Deodato).

A tali diritti, infatti, la Costituzione espressamente od implicitamente conferisce una tutela massima⁶, dichiarandoli inviolabili ed obbligando ogni potere dello Stato alla loro immediata osservanza⁷. “Fondamentali”, dunque, perché accreditati di un rango a cui corrisponde la più alta garanzia giuridica apprestata dall’ordinamento statale, quella, appunto, che ne impone il rispetto assoluto, da parte di ogni autorità pubblica, oltre che di ogni individuo o ente, pubblico e privato; a tale garanzia si riconduce poi, almeno in via di tendenza, un’immediata pretesa giuridica, soggettiva e/o collettiva, alla integrità degli interessi ricadenti nella sfera materiale di un singolo diritto, che si riconoscono illegittimamente pregiudicati.

Tale configurazione, come avrà modo di chiarirsi meglio avanti, appare oggi suscettibile di un ripensamento o -quanto meno- di una specificazione, tanto se si guarda all’esperienza, che attesta sovente la nascita di veri e propri diritti fondamentali di fonte legislativa, quanto se si considera l’aggregazione al catalogo dei diritti fondamentali dei diritti “umani” sanciti da Carte internazionali, recepite e rese esecutive nell’ordinamento interno.

Il primo punto di indagine attiene, dunque, alla relazione dei diritti fondamentali con il più generale ambito dei diritti umani, rispetto ai quali –si è detto- i primi si configurano come esito ultimo di un processo storico di positivizzazione dei secondi. E’ indubitato che i diritti fondamentali rappresentino la proiezione e lo sviluppo in chiave giuridico-positiva degli originari diritti di natura, dotati di una valenza pre- o meta positiva, in ogni caso esterna al contesto formale dell’ordinamento giuridico (v. *infra*). Vero è che nell’esperienza greca delle *Poleis* già rilevava una sorta di riconoscimento

⁶ H. Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen 2014, p. 40.

⁷ „Der Präzisierung und gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Grundrechte korrespondiert dann die Beschränkung ihres Geltungsbereichs auf die jeweilige Staatsgewalt...“: H. Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, cit., p. 41. Sulla natura dei diritti fondamentali, come „«diritti basilari»“ e come “«diritti costituzionali»“, v. A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, Tomo I, p. 63 ss.

giuridico di libertà, quantunque al solo cittadino in quanto soggetto politico e, come tale, parte integrante della stessa Polis. Nondimeno, lucidamente precisa *Hasso Hofmann*⁸ come si trattasse, nella specie, unicamente di una libertà funzionale *per* la partecipazione alla vita della Polis, non contro la Polis o contro lo Stato a garanzia dell' individuo. Potrebbe scorgersi, dunque, in quel contesto, senza enfattizzazione alcuna, soltanto qualche vaga anticipazione, culturalmente disomogenea, di una tutela della libertà individuale.

Ma l' affermazione secondo cui i diritti umani sono fin dal principio universali, generati da una ragione mondiale di matrice europeo-atlantica⁹, sembra andare oltre la mera considerazione della loro consistenza etico-filosofica, della loro irriducibilità ad una razionalità di scopo che valesse a renderli funzionali alla legittimazione di un assetto organizzativo nuovo. Tale affermazione, a ben vedere, marca l' insuperabile distinzione tra diritti umani e diritti fondamentali, questi ultimi del tutto integrati nella razionalità dei fini dello Stato, di cui è risolto il carattere cogente della tutela che li qualifica sul piano giuridico-positivo.

Soltanto per i diritti umani di cultura europea occidentale, l' originaria portata universale può riconnettersi in modo esclusivo alla forza effettiva del loro radicamento etico, rinvenibile già nel pensiero dell' Umanesimo, non soltanto di matrice cattolica, in cui rileva la centralità dell' Uomo creatore e protagonista del proprio destino¹⁰. Di quest' ultimo è propria una condizione innata di libertà –la condizione del “diritto” di natura di cui parla *John Locke*,

⁸ H. Hofmann, *Unsere Verfassungswerte und die christlich-weltanschaulichen Traditionen*, in *Recht und Kultur*, 2009, p. 9 ss.

⁹ J. Isensee, *Rationalität des Staates*, cit., p. 181.

¹⁰ G. Manssen, *Grundrechte*, München, 2000, p. 3 ss.; U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 61 ss.; H. Hofmann, *Die Entdeckung der Menschenrechte*, paper, p. 1 ss..

pur distinguibile dall' utopico "stato" di natura che *Thomas Hobbes* pone a premessa della nascita ed esistenza del Leviatano¹¹.

Il diritto naturale dell'Illuminismo, con il superamento della dottrina tradizionale dello *status*¹² imprime una svolta epocale alla tradizione della vecchia dottrina della politica, incardinata sulla duplicità/autonomia rispetto al diritto, fino a giungere ad una percezione dell' individuo libero da compiti ed obblighi ed in posizione contrapposta rispetto allo Stato-autorità. Il baricentro dell'attenzione politica (ma anche giuridica) viene, così, progressivamente a spostarsi dallo Stato alla persona, ponendosi in essere con ciò quelle premesse speculative, non soltanto di ordine etico, a cui attinge una crescente sensibilità verso il riconoscimento e la garanzia giuridica dei diritti individuali¹³.

Ma in questa dimensione di universalità che giunge ad esaltare i diritti umani come forma di legittimazione della potenza divina, orientandoli alla realizzazione di un valore ultimo che è il sommo Bene di Dio, essi si mostrano lontani precursori dei diritti fondamentali. Se, infatti, la libertà come diritto naturale universale costituisce, in ultima analisi, una forma di azione ordinata e coerente rispetto alla realizzazione dell' uomo quale immagine di Dio, come diritto fondamentale essa include, in principio, ogni scelta di

¹¹ G. Manssen, *Ibidem*, p. 5. Sul punto, riferimenti essenziali in U. Di Fabio, op. ult. cit., p. 61 ss. Sul riconoscimento dei diritti umani ad ogni individuo quale fondamento (solo) formale dei diritti umani, v. in particolare S. Kirste, *Das Fundament der Menschenrechte*, cit..

¹² H. Maier, *Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat*, Osnabruek, 1973, 23. Per *Christian Wolff*, ad es., è soltanto con la stipula di un contratto che l' individuo, originariamente libero, può volontariamente obbligarsi, senza che ciò possa configurare una violazione dei suoi diritti di libertà naturale (teoria contrattualistica). F. von Hippel: sempre più chiaramente si delinea la consistenza del distico oppositivo: libertà individuale-potere (pubblico), dove la prima si afferma unicamente come libertà dallo Stato, quale si afferma icasticamente nella Francia del 19. secolo, dopo gli eventi rivoluzionari, ed anche in Germania. I diritti fondamentali si pongono a presidio della libertà di scelta individuale, le libertà civili e quelle politiche sono inquadrate in modo distinto e parallelo e la libertà politica diventa, a tal fine, irrilevante per le libertà civili.

¹³ U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, cit., p. 62.

autodeterminazione, dunque, la possibilità di agire in maniera razionale come anche irrazionale¹⁴.

La genesi dei diritti fondamentali non sembra evidenziare senz' altro ed integralmente una continuità con la storia dei diritti umani, essa mantiene piuttosto, rispetto a quest' ultima, una specificità autoreferenziale che rinvia, in buona sostanza, alle ragioni del costituzionalismo liberale come momento di lotta per la limitazione di un potere politico assoluto. Tale genesi si fa coincidere, dunque, con quella dello Stato moderno - periodizzando, può ricollegarsi, a livello europeo, in particolare, alla vittoria riportata tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo dalla borghesia liberale contro l' assolutismo regio ("*Déclaration des droit de l' homme et du citoyen*" del 26.8. 1789)- da cui trae inizio anche il declino della (vecchia) dottrina metafisica del diritto naturale a vantaggio di un pensiero dottrinale più incline alle ragioni del positivismo giuridico*.

In una dimensione non soltanto europea, poi, anche il "*Virginia Bill of Rights*" del 12.6.1776, oltre al *Bill of Rights* americano, approvato dal Congresso nel 1789 e ratificato nel 1791, costituiscono importanti pietre miliari nel processo storico di riconoscimento e garanzia delle libertà individuali che troverà forma compiuta nella Costituzione.

Tornando però ai dettami della *Déclaration*, si comprende bene come il diritto naturale razionale (17. e del 18. Secolo) realizzi l'originario sfondo culturale sul quale la borghesia liberale trionfante nei moti rivoluzionari si incarica di costruire la nuova esperienza di positivizzazione dei diritti umani in diritti costituzionali. Tanto configura senz' altro una delle novità più rilevanti dello sviluppo del costituzionalismo europeo nel 19. e, seppure solo in parte,

¹⁴ J. Isensee, *Rationalität des Staates*, cit., p. 178.

nel 20. secolo¹⁵ giacché consacra i diritti fondamentali, oltre che come norme di diritto positivo, come fondamenti indissimili dello Stato costituzionale: *“La società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha una Costituzione”*, recita –come è noto- l’art. 16 della *Déclaration*. Essi vengono così accreditati di una valenza istituzionale nella misura in cui operano come previsioni di indirizzo dell’ azione legislativa, piuttosto che veri e propri limiti all’ esercizio della stessa.

Del resto, spiegava *John Locke* come una siffatta consistenza dei diritti individuali imponesse una legittimazione nuova del potere statale, il cui impegno nella direzione della loro tutela avrebbe dovuto implicare, sul piano organizzativo, una dipendenza/legittimazione dei governanti dalla volontà dei governati.

Ciò che, dunque, inizialmente realizzava un incitamento soprattutto morale al rispetto dei diritti individuali, si trasforma successivamente in un linguaggio (piuttosto timido, all’ origine) del legislatore statale¹⁶, proiettato ben oltre l’ orizzonte del liberalismo politico e del vecchio stato di benessere¹⁷.

La sanzione dei diritti nella legge diventa sempre di più il tratto caratteristico di un’esperienza giuridica che conduce, tra l’ altro, ad una trasformazione del valore delle Dichiarazioni (di diritti), percepite all’origine quali pretese individuali dei cittadini contro la forza onnipotente dello Stato, fondate sul diritto di resistenza e sulle tradizioni di diritto naturale¹⁸. Si afferma, nel tempo, una visione (del complesso) dei diritti quale mezzo per la

¹⁵ A partire dalla Costituzione francese del 1791, che definisce un catalogo di diritti fondamentali, poi esteso nella Costituzione del 1795 e, in fine, consolidato nella Carta del 1814. Tali diritti rappresentano –come ribadisce H. Maier, op. cit., “i risultati stabilizzati della rivoluzione liberale” (p.30)

¹⁶ Francia: Costituzioni del: 1791 (17 articoli); 1793 (35 articoli); 1795; 1814.

¹⁷ Le più importanti previsioni di diritti fondamentali si impongono in quasi tutte le costituzioni degli stati tedeschi nel corso del 19. secolo; perfino il fallimento della Costituzione della *Paulskirche*, con il suo progetto di diritti fondamentali, non è in grado di ostacolare l’ affermazione dei diritti fondamentali.

¹⁸ Questa teoria radical-individualistica si ritrova presso i liberali tedeschi della prima ora.

costruzione ed il consolidamento dell' unità dello Stato, in cui i primi trasfigurano in idee regolatrici dell' attività statale¹⁹.

In relazione al contesto finora descritto, la natura giuridico-positiva del catalogo di libertà individuali sancito dalla Costituzione scandisce i termini di una discontinuità rispetto alla tradizione dei diritti dell' uomo. Tanto, non equivale a negare in premessa l' esistenza di una doppia natura –anche etica, oltre che giuridico-positiva- del diritto²⁰ quanto, piuttosto, a considerare nella forma irrilevante la prima rispetto alla seconda. Di conseguenza, pure ad ammettere che la conversione dei diritti umani in norme della Costituzione abbia il senso specifico di assecondare un intento pratico, quello cioè di conferire ai primi valore giuridico in quanto diritti morali, dunque in grado di valere perché giusti a prescindere dalla loro forma giuridica²¹, tanto non riuscirebbe *ex sé* a giustificare una proiezione sul piano giuridico di siffatta condizione intrinseca.

La possibilità di ammettere un substrato morale comune ai due “mondi paralleli” dei diritti umani e dei diritti fondamentali, nondimeno, può condizionare di fatto il lavoro dell' interprete e, forse, è alla base anche dell' esperienza di progressiva espansione della portata regolatrice dei diritti fondamentali, di cui si dirà avanti. In particolare, l' effettiva emancipazione dal testo prescrittivo in favore di un' esegesi di tipo sistematico-evolutivo o, comunque, costantemente orientata ai valori può rappresentare il sintomo di un ancoramento al carattere ideale e ultrapositivo dei diritti fondamentali,

¹⁹ G. Anschütz: i diritti fondamentali contengono soltanto una “rappresentazione casuisticamente acquisita del principio dell' amministrazione legittima”. Pertanto, il valore politico è scomparso: ciò che era iniziato come libertà di diritto naturale, diventa così volontaria autolimitazione della sovranità statale, concessa dall' alto. Così piena è l' integrazione dei diritti fondamentali nel diritto dello stato, che essi finiscono in un cono d' ombra inutile senza tale assunzione (nel diritto dello stato).

²⁰ R. Alexy, *Grundrechte, Demokratie, Repräsentation*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 201 ss.

²¹ *Ibidem*, p. 208.

derivante da quell' originaria dimensione morale che in essi, oltre la forma, persiste e continua a vivere²².

Senza qui indugiare in un' analisi critica sulla immancabile consistenza relativa e pluralistica di un' esegesi ispirata ai valori, è appena il caso di rilevare come anche in siffatta condizione i diritti fondamentali si pongono in una relazione bifronte -antagonista e, nel contempo, pragmatico-funzionale- con il potere pubblico, rispetto al quale costituiscono, al tempo stesso, un limite e una direzione di senso da assecondare ed attuare, nella prospettiva della più piena realizzazione dell' istanza personalista delineata in Costituzione. Tale accezione, del resto, lascia ben comprendere anche la radicalità della svolta sancita dall' avvento dello Stato democratico, rispetto al modello liberale che, come è noto, esaltava dei diritti unicamente la portata garantista contro l' ingerenza del potere regio, a tutela della libertà e dell' autonomia del cittadino.

Nel prosieguo del suo sviluppo, peraltro, lo Stato democratico conduce a connotare sempre di più i diritti fondamentali quali pietre angolari dell' unità non soltanto politica dello Stato, in funzione della loro stretta connessione con l' istanza di integrazione sociale e con il conseguente bisogno di attuazione legislativa. Vero è che i diritti, come ebbe a precisare *Herbert Krüger*, concorrono alla "creazione dello Stato nella società"²³, legittimandone l' azione di difesa, ma ancor più di recente è anche vero che essi concorrono alla creazione – meglio: alla stabilizzazione- della società nello Stato, rafforzandone la coesione unitaria pur nel quadro di un pluralismo culturale incipiente, in questo modo essi svolgono un ruolo sempre più decisivo nelle dinamiche di permanente rilegittimazione dello Stato-ordinamento.

²² *Idem*. La conseguenza, che l' A. trae da siffatta premessa, è che la giurisdizione costituzionale non si fonda solo sulla struttura gerarchica del diritto positivo ma anche sulle ragioni morali che pervadono i diritti fondamentali. "*Menschenrechte als moralische Rechte schließen das Recht ein, als Rechte geschützt zu werden, und dieses Recht auf Schutz geht durch ihre Positivierung nicht verloren. Im Gegenteil, ihre Positivierung ist als Versuch anzusehen, Menschenrechte als moralische Rechte zu stärken*" (208).

²³ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1966, p. 528 (v., in part. p. 537 ss.).

3. Diritti dell' uomo e diritti fondamentali costituzionali nella relazione giuridico-positiva.

Fin qui ogni considerazione relativa ai vincoli di derivazione storico-etica dei diritti fondamentali dai diritti umani universali. Ma facendo riferimento unicamente al piano giuridico-positivo, possono enuclearsi ancora due distinti versanti di analisi, il primo attinente alla positivizzazione dei diritti umani attraverso il diritto internazionale, il secondo profilo attiene più specificatamente alla tutela accordata loro in questa veste formale dall'ordinamento interno.

Il primo versante di analisi trae le mosse, in particolare, dalle vicende successive al II conflitto mondiale, che aveva reso in generale evidente l' esigenza o, semplicemente, l' opportunità di una condivisione universale della intangibilità dei diritti dell' uomo come base per costruire una pace mondiale. Trattati come la Dichiarazione Universale dei diritti dell' uomo, approvata dall' Assemblea generale dell' ONU nel 1948²⁴- che nel suo primo articolo (*"Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in diritti e dignità..."*) ripete la formula dell' art. 1 della Déclaration del 1789 (*"Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti..."*); la Convenzione sulla prevenzione e la condanna del genocidio (9.12.1948) costituiscono pertanto i prodromi di un percorso di sviluppo della tutela di tali diritti che comprende, tra l' altro, la Convenzione sull' abolizione di ogni discriminazione razziale (7.3.1966), il Patto sui diritti civili e politici (1966) (art. 6: *"Ogni uomo ha un diritto innato alla vita"*) o, in fine, la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991, n. 176).

²⁴ Risoluzione 217 A (III) del 10.12.1948. In merito, cfr. tra gli altri S. Kirste, *Das Fundament der Menschenrechte*, in *Der Staat*, 52 (2013), p. 119 ss., part. p. 120 ss.

Attraverso la ratifica ed esecuzione di tali Carte o Convenzioni da parte del maggior numero di Stati di giunge a conferire ai diritti umani una dimensione realmente universale²⁵. E' solo il caso di precisare come siffatta dimensione dei diritti umani nulla ha a che vedere con la considerazione degli stessi quali diritti morali, universali perché spettanti all' uomo per natura ed intrinsecamente giusti, dunque da tutti pretesi di osservanza. Nel discorso sul cd. universalismo pratico dei diritti umani²⁶ rileva, quale dato determinante, la volontà degli Stati di dare assenso ed esecuzione a tali atti convenzionali, integrandone i contenuti all' interno del complessivo sistema ordinamentale interno. Tale dato dell' esperienza non soppesce, in ogni caso, le dispute dottrinali sull'effettiva portata dei diritti in questione ²⁷, tra quanti vedono nella loro progressiva specializzazione e regionalizzazione il segno di una forza universale dei diritti stessi e quanti, invece (pessimisti-realisti) da tale condizione ricavano argomenti contrari all' esistenza di una comunità universale di popolo, di una "famiglia umana" ²⁸.

Peraltro, nel descritto processo di positivizzazione dei diritti umani, un posto peculiare occupa la la Convenzione EDU, firmata a Roma il 1950 e resa esecutiva in Italia nel 1955 (l. n. 848/1955), da cui deriveranno, come si vedrà più avanti (v. *infra*), significative pulsioni nella direzione di pervenire ad una effettiva ed ampia tutela di tali diritti. Fin da ora, tuttavia, va segnalato come l'

²⁵ M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 473.

²⁶ M. Mahlmann, loc. cit., p. 473.

²⁷ Al riguardo, v. S. Gosepath, G. Lohmann, *Einleitung*, in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., 1998, p. 11 ss. Sulla incapacità di definire in un senso o nell' altro tale disputa, v. anche M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*, 4/2011, p. 469 ss., secondo cui, in ogni caso, in relazione ai diritti umani non si è formato alcun *ius commune* nella cultura giuridica internazionale (p. 470).

²⁸ ...come quella relativa alla distinzione tra diritti universali di matrice liberale occidentale, ereditati dalle rivoluzioni americana e francese; e diritti universali di matrice socialista, richiamata anche in E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, p. 83 ss., ora anche in Id., *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 249 ss.

intreccio funzionale con i diritti costituzionali descrive i tratti di un assetto sistemico integrato in cui risulta sfumata, senza in ogni caso scomparire, una distinzione in base al criterio giuridico-formale del rapporto gerarchico tra le fonti di produzione. Sintomatica, al riguardo, può ritenersi l' affermazione della Corte costituzionale, secondo cui "l' auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell' uomo, offre una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti" (Corte cost., sent. n. 49/2015).

4. *I diritti fondamentali nello Stato liberale e nello Stato costituzionale democratico: aspetti problematici di un' esperienza evolutiva.*

Se lo sviluppo in senso multilivello della tutela dei diritti fondamentali, a cui sopra si è fatto soltanto cenno, appare la proiezione più avanzata dell' esperienza dello Stato aperto, il radicamento e la legittimazione di un monopolio statale nella garanzia dei diritti fondamentali è da ricondursi alle origini dello Stato "chiuso" ottocentesco, ed alla concezione dei diritti come libertà negative quale corrispettivo della netta separazione tra la società civile e il potere dello Stato rappresentato dalla Corona, fino ad allora *legibus solutus*²⁹. Si comprende bene, allora, come la portata garantista dei diritti fondamentali si indirizzasse primariamente verso tale potere ed il suo apparato di governo,

²⁹ Cfr. E.-W. Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, (1972), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1991, p. 209 ss.; E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden Baden 1990, p. 144. Id., *Staatsrecht*, 2, Hamburg, 1979, p. 138. Lo stesso E. Denninger -*Staatsrecht*, cit., p. 153- rileva come la configurazione di diritti di prestazione nei confronti dello Stato chiamasse in causa –oltre al rapporto cittadino-Stato- anche quello tra cittadino e altre "forze" sociali (dunque, non pubbliche) in grado comunque di incidere e/o condizionare l' integrità dei diritti spettanti ai singoli (associazioni di interessi, sistemi di assistenza, etc.). Con riguardo alla medesima distinzione relativa ai diritti umani, v. tra gli altri, S. Gosepath, G. Lohmann, *Einleitung*, in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 13.

avvertito come estraneo agli interessi della società attiva; di contro, rimaneva indenne l' esercizio della funzione legislativa alla quale soltanto, anzi, la Costituzione attribuiva la competenza a delimitare la sfera di efficacia dei diritti in parola.

La questione circa la portata del vincolo di osservanza dei diritti fondamentali da parte del legislatore rappresentativo³⁰ configura nondimeno un punto problematico dell' esperienza storica della Costituzione di Weimar (1919)³¹ dove il confronto tra positivisti (*Gerhard Anschütz, Richard Thoma*) ed antipositivisti (*Carl Schmitt, Rudolf Smend, Erich Kaufmann, Hermann Heller, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz*) vedeva prevalere l' idea dell' insussistenza di un vero e proprio vincolo giuridico ritenuto, invece cogente ed assoluto unicamente nei riguardi dell' azione amministrativa.

Nondimeno, significativa e suggestiva in senso opposto a tale linea dominante appariva l' affermazione di *Carl Schmitt*, che connotava i "veri" diritti assoluti –e perciò i diritti fondamentali- per il fatto che gli stessi non fossero garantiti secondo parametri legislativi, che il loro contenuto non risultasse dalla legge e che la limitazione ad opera di leggi rappresentasse invece l' eccezione, "un' eccezione limitata e misurabile, regolata in via generale"³². Pertanto, la portata della loro tutela non potrebbe non farsi valere nei confronti di ogni organo dello Stato, incluso il legislatore rappresentativo, a

³⁰ Con riguardo ai diritti fondamentali come difesa dell' individuo unicamente contro le interferenze illegittime del potere Esecutivo, non invece del legislatore, v. A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1989, p. 1 ss.

³¹ Per la tesi contraria alla sussistenza di un tale vincolo, v. soprattutto G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, ristampa della 14. ed. (1933), 1987, p. 517 ss. In senso favorevole al riconoscimento di un tale obbligo di osservanza in capo al legislatore ordinario, v. soprattutto R. Thoma, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, (1929), ora anche in Id., *Rechtsstaat- Demokratie- Grundrechte* (Hrsg. von Horst Dreier), Tübingen 2008, p. 173 ss.; C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), 6. Ed., 1983, p. 166 ss..

³² C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 166. „Alle echte Grundrechte sind absolute Grundrechte, d.h. sie werden nicht, 'nach Maßgabe der Gesetze' gewährleistet, ihr Inhalt ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern der gesetzliche Eingriff erscheint als Ausnahme und zwar als prinzipiell begrenzte und messbare, generell geregelte Ausnahme.“.

prescindere da ogni considerazione circa le forme di realizzazione della tutela stessa, soprattutto, circa la natura e la dimensione del vincolo imposto dai singoli diritti alla discrezionalità legislativa.

Tale impostazione, a ben vedere, evoca anche una consistenza istituzionale, oltre che sostanziale, dei diritti fondamentali, in ogni caso, si rivela coerente con il concetto positivo di Costituzione che l' A. traduce come "decisione totale" sulla specie e la forma dell' unità politica del popolo. La portata assoluta di cui tali diritti godono, o devono godere, allora, può indicarsi anche come il risvolto, sul piano giuridico-positivo, della loro natura di frammenti della decisione totale che caratterizza il *proprium* della Costituzione e che vale a distinguerla, nei contenuti, dalle leggi costituzionali.

Si riconosce, in siffatta linea di pensiero, qualche sintonia o affinità funzionale con l' indirizzo umanistico-sostanzialistico, per il quale i diritti manifestano una consistenza assoluta come presidi e forme dell' integrazione sociale³³.

4.2. Con il transito dal costituzionalismo liberale ad un assetto di costituzionalismo democratico, fondato sul principio organizzatore della sovranità popolare e scandito dall' avvento di Costituzioni rigide, in cui la natura duale del rapporto tra Stato-apparato e società civile viene perciò a mitigarsi, pur senza scomparire del tutto, la questione della portata assoluta dei diritti fondamentali trova una definitiva soluzione. Tali diritti si connotano come scelte irretrattabili del popolo costituente integrate nella Legge fondamentale, in grado di imporsi in modo assoluto all' osservanza di tutti i poteri pubblici, incluso il legislatore costituzionale.

³³ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München – Leipzig, 1928, p. 153 ss. (part. p. 166); nonché Id., *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *VVDStRL*, 4 (1928), p. 44 ss., part. p. 51..

D' altro verso i diritti fondamentali nel nuovo contesto dello Stato aperto, democratico e sociale, assumono caratterizzazioni funzionali anche ulteriori, in uno con la maggior articolazione delle funzioni assegnate ora alla Costituzione rispetto al figurino liberale ritratto nell' art. 16 della Dichiarazione del 1789. Nel suo complesso di prescrizioni che sanciscono principi e definiscono compiti e fini dello Stato, la nuova Carta abbina, alla forza formale di Legge suprema, dimensioni funzionali che investono direttamente il contesto sociale, operando come disciplina di base della vita in comune³⁴ o anche come "medio del processo di trasformazione sociale"³⁵, o, in fine, come un assetto normativo ispirato alla realizzazione del fine ultimo di Giustizia. Il catalogo dei diritti fondamentali condensa l' espressione formale ed articolata della primazia dell' istanza personalista, assunta a Bene supremo e principio ispiratore dell' intero ordinamento giuridico statale, in una dimensione che va oltre quella della libertà soltanto negativa ma richiede l' impegno attivo dello Stato nella realizzazione di quei diritti sociali, attraverso cui favorire il pieno ed effettivo sviluppo della persona (art. 2 Cost.). Come caratteri del nuovo *Menschenbild* costituzionale³⁶ tali diritti operano a presidio dell' integrità degli interessi individuali, nel mentre concorrono, sul versante istituzionale, ad un'attualizzazione dell' unità politica dello Stato. In quest'ordine di idee assume così particolare pregnanza l' impostazione di chi –come *Erhard Denninger*- sottolinea l' esistenza di una relazione funzionale necessaria tra tali diritti e l'assetto organizzativo dello Stato³⁷, intendendo i primi come

³⁴"Normative Basisschicht des Zusammenlebens"; „normative Ordnung des gesellschaftlichen Lebens“: in tal senso v. anche, da ultimo, M. Morlok, *Soziologie der Verfassung*, Tübingen, 2014, p. 10.

³⁵ "Medium der Prozessierung sozialen Wandels": Per questi riferimenti concettuali, v. U. Volkman, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2013, 57 ss. E p. 67 ss.

³⁶ E.-W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung*, (1985), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 58 ss.

³⁷ ...Una stretta connessione funzionale tra diritti umani ed organizzazione dello Stato è rilevata anche da R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 244 ss.

imprescindibilmente correlati alla identità dell' ordinamento democratico³⁸ e fonte di legittimazione dello Stato-apparato³⁹.

5. *Dimensione teoretica, dogmatica ed esperienza applicativa dei diritti fondamentali.*

Nel contesto delle dinamiche evolutive cui si è fatto cenno, la configurazione di una teoria dei diritti fondamentali come premessa di metodo in grado di vincolare l' interpretazione entro coordinate obiettive ⁴⁰ si pone come una questione ancora controversa e dibattuta. Ciò, al di là dell' obiezione circa la natura non giuridica di tale vincolo che pertanto non è di per sé in grado di opporre alcun limite cogente contro eventuali interpretazioni eccentriche dei diritti fondamentali.

Quel che viene soprattutto in rilievo, da ultimo, non è soltanto il pluralismo degli approcci teoretici⁴¹ quanto, o soprattutto, quello relativo ai differenti livelli di tutela, ciascuno dei quali ispirato a funzioni e scopi differenti. Ne consegue, inevitabilmente, un pluralismo anche di orientamenti giurisprudenziali prodotti nei differenti contesti in cui i diritti sono tutelati, sovente ritagliati a misura del caso concreto per conferire sostegno alla decisione finale. Basti considerare, a titolo di esempio, una prospettiva che valorizza istanze di interesse generale o comunitaristico ed un' altra che, invece, considera unicamente la questione dei diritti in gioco della quale viene a

³⁸ In senso contrario a siffatta relazione necessaria tra diritti umani e ordinamento democratico, v. E-W. Böckenförde, *Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte ?*, in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., 1998, p. 233 ss., part. p. 236 ss.

³⁹ E. Denninger, *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, cit., p. 252 ss.

⁴⁰ Conforme, M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*, 2011, p. 469 ss., part. p. 476 ss, part. p. 477.

⁴¹ Sul concetto e sulle specie di „teoria dei diritti“, v. M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa*, cit., p. 479.

discutersi, ciò che influenza, in ultima analisi, anche l' interpretazione del significato e dei limiti dei diritti fondamentali. In questo contesto, appare difficile avallare "una" teoria dei diritti fondamentali in quanto ancorata al consenso della variegata società degli interpreti.

Quanto detto non vale a contestare un dato di per sé difficilmente contestabile, vale a dire che la dimensione teoretica tradizionalmente sottende, seppure con valenze variabili, l' elaborazione dogmatica, anche nella configurazione e nello sviluppo del significato dei diritti fondamentali. Essa ispira, in principio, l' esperienza giurisprudenziale applicativa, altre volte, invece, da quest' ultima risulta essenzialmente forgiata. L' intreccio di teoria, dogmatica e giurisprudenza è stato ben evidenziato, ad es., da E.-W. Böckenförde⁴², soprattutto in quanto attiene alla capacità della teoria dei diritti di orientare le decisioni del giudice costituzionale. Questo A., nell' esaminare l' evoluzione teoretica in una chiave diacronica, evidenzia come la teoria liberale, che esalta la dimensione unicamente negativa dei diritti di libertà come difesa dall' ingerenza dello Stato abbia condizionato in modo decisivo anche l' esperienza del costituzionalismo ottocentesco.

La teoria istituzionale⁴³, come anche quella democratico-funzionale⁴⁴ dei diritti fondamentali fino a quella orientata ai valori risultano invece soprattutto connesse all' esperienza del costituzionalismo democratico, in sintonia con l' idea della Costituzione come unità assiologico-funzionale⁴⁵. Del resto, anche un autorevole interprete della teoria istituzionale dei diritti, come *Peter Häberle* espressamente inquadra i diritti come "fondamento funzionale" della democrazia, elementi costitutivi di un assetto omogeneo di valori, in grado di

⁴² E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M. (1991), 2. ed., 1992, p. 115 ss..

⁴³ ...su cui v. tra gli altri soprattutto P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2. Ed. , Karlsruhe 1992, part. p. 20 ss.

⁴⁴ E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 119.

⁴⁵ ...su cui v. tra gli altri soprattutto P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2. Ed. , Karlsruhe 1992, part. p. 20 ss.

realizzare l' unità dello Stato. In tale veste, essi assumono un "significato obiettivo per la Costituzione"⁴⁶, che lo Stato stesso concorre ad affermare⁴⁷.

Senza qui voler indugiare nell' analisi delle posizioni dottrinali a cui si è fatto riferimento o, più in generale, dei caratteri della relazione tra teoria e dogmatica⁴⁸, deve solo sollevarsi qualche perplessità sul senso assoluto dell' asserzione di Böckenförde circa l' influenza della teoria dei diritti sull' esperienza applicativa dei diritti fondamentali. Ciò, sia in considerazione di una certa staticità/obsolescenza dello schema teoretico proposto dall' A. sia, come si è detto, in ragione dell' effettivo impatto che su tale esperienza gioca, per un verso, la fattispecie concreta -prima ancora, forse, del substrato teoretico- che giunge ad modellare la precomprensione del giudice; per altro verso il sistema dei rapporti tra organi appartenenti ai vari livelli di tutela dei diritti fondamentali, nella forma che si definisce, convenzionalmente, di un dialogo intergiurisprudenziale. In fine, la crescente attenzione agli equilibri macrofinanziari relativi al bilancio pubblico configura di fatto un fattore di condizionamento dell' esegesi relativa ai diritti fondamentali, in particolare ai diritti sociali, favorendo una differente determinazione delle forme di impegno attivo dello Stato (ad es., ponendosi in essere politica di privatizzazione dei servizi sociali) o provocando aggiustamenti delle tecniche di decisione giurisprudenziale, come è accaduto nel caso delle sentenze additive di principio.

Non mancano, poi, casi in cui la dimensione istituzionale di alcuni diritti è persa assumere una peculiare rilevanza, come in alcune decisioni del giudice costituzionale in tema di diritti cd. della comunicazione, a partire dalla libertà

⁴⁶ P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie*, cit., p. 4.

⁴⁷ sul richiamo ad una pluralità di teorie dei diritti fondamentali, v. ancora M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 478 ss.

⁴⁸ ...su cui si rinvia, per tutti, a B. Rusteberg, *Der gundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Tübingen, 2009, p. 124 ss..

di manifestazione del pensiero, “pietra angolare dell’ ordine democratico”⁴⁹ che, come tale, assume una importanza centrale soprattutto quando esercitata in forma collettiva⁵⁰. L’ informazione, rispetto a cui tale libertà costituisce il necessario presupposto, si pone dunque quale “condizione preliminare” o “presupposto insopprimibile” dello Stato democratico⁵¹. Del pari è a dirsi per i cd. diritti di cittadinanza, la cui stretta conferenza al principio di sovranità popolare è stata anche di recente ribadita dalla Corte costituzionale (sent. n. 1/14).

segue: *i diritti come non-norme (ma come principi).*

Articolato e complesso si mostra, sul piano degli esiti esegetici, l’ inquadramento dei diritti fondamentali quale parte del complessivo sistema di principi e valori costituzionali⁵², alla luce di una giurisprudenza costituzionale sempre di più mirata ad esaltare un siffatto “blocco” come espressione di identità costituzionale, catalogo di Beni primari o come *Kultursystem* *. L’ affermazione che “l’ ordinamento costituzionale non è neutrale dal punto di vista dei valori”, recata nella nota sentenza-*Lüth* del Tribunale costituzionale federale tedesco⁵³ mostra, così, i caratteri di una verità assoluta anche nell’ ordinamento statale nazionale e, recepita dal giudice costituzionale italiano, segna un decisivo punto di svolta nella prospettiva che esalta i diritti nella condizione di regole di principio*.

Tanto determina, in primo luogo, una progressiva estensione della sfera di efficacia dei diritti fondamentali ben oltre quella originaria, circoscritta al rapporto tra poteri pubblici ed individuo, fino ad investire –come parametri di

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 84/69.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 126/85.

⁵¹ V., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 126/85, 29/96, 312/03, 151/05.

⁵² V., per tutti, F.P. Casavola, *La regola costituzionale come valore*, in AA.VV., *I valori della Costituzione italiana*, Napoli, 1996, p. 17 ss.

⁵³ BVerfGE, 7, 198 ss..

giudizio- ogni ambito materiale dell' esperienza giuridica. Si tratta, quello descritto, di una linea di indirizzo risultata feconda, oltre che suggestiva, nella prospettiva così resa concreta di una progressiva costituzionalizzazione dell' ordinamento giuridico statale. Anch' essa attinge, sul piano dogmatico, alle suggestioni del pensiero umanistico-integrazionista di *Rudolf Smend* poiché rinviene nella Costituzione il principale volano dell' integrazione politico-sociale (v. *supra*).

Tale orientamento contrasta senz' altro l'idea della tecnicità e della declinazione in senso atomistico dei diritti fondamentali, quale rileva, ad es., nel pensiero di *Ernst Forsthoff*, in favore di una visione organica della Costituzione⁵⁴, delineando così profilature nuove dello Stato costituzionale di diritto. Nondimeno, la percezione dei diritti fondamentali quali principi non segna soltanto l' inizio di una esperienza compiuta di costituzionalismo. Come sottolinea un' acuta dottrina, i principi si pongono quali proposizioni incompiute, sono non-norme che aspirano per natura ad uno sviluppo e ad un' attuazione in grado di declinarli nel senso compiuto della "norma" come la intende, ad es., *Josef Esser* o quale rileva dal tradizionale schema ipotetico di giudizio di *Hans Kelsen* esposto, in Italia, anche da *Veziò Crisafulli*.

In questa veste, i diritti fondamentali appaiono strutturalmente carenti di forza precettiva immediata e si presentano come *direttive di senso* per lo svolgimento di un compito di azione politica⁵⁵ nel quadro di una rappresentazione assiologica unitaria della Costituzione come ordinamento di Giustizia. I diritti-principi si collocano insomma all' interno di un disegno organico che il legislatore rappresentativo è chiamato, innanzitutto, a rendere

⁵⁴ A. Hollerbach, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung ?*, in *AöR*, 85 (1960) p. 241 ss., part. p. 254 ss.

⁵⁵ Sul punto, v. tra gli altri U. Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, in *VVDStRL* 67 (2007), Berlin 2008, p. 58 ss., part. p. 79 ss..

concreto ed effettivo, per realizzare gli obiettivi ultimi –dignità umana, sviluppo della persona etc.- della Costituzione.

Così si rimodellano, almeno in parte, i termini della relazione tra diritti fondamentali e potere legislativo, rispetto al quale i primi operano non soltanto come limite ma anche come premessa assiologica, in qualche modo vincolante, di un disegno di azione politica che si commisura, oltre che alla portata del singolo diritto, alla consistenza deontica complessiva della stessa Carta fondamentale. In quest'ordine di idee, l'inesistenza di ogni regolamentazione legislativa attuativa si traduce, oltre che in una responsabilità politica, in una lacuna normativa che paralizza o contiene notevolmente l'efficacia giuridica del diritto/principio, potendo giungere a volte ad inibire del tutto l'immediatezza della garanzia costituzionale (v. *infra*).

Tale condizione, nelle sue coerenti conseguenze, apre un fronte problematico in merito ai rapporti tra il legislatore democratico, che condensa in scelte politiche l'attuazione della regola di principio; e il giudice chiamato a prestare immediata osservanza ai diritti fondamentali assecondandone la portata di garanzia anche in assenza di una disciplina attuativa. Al riguardo, il merito principale dello schema teoretico proposto da E.W. Böckenförde⁵⁶ è proprio quello di aver posto sotto il fuoco di un'attenzione anche critica l'evoluzione dell'esperienza dei diritti fondamentali, per quanto tale schema appaia rigidamente ancorato ad una descrizione in chiave diacronica di tale esperienza –ignorando, ad es., ogni configurazione di una dimensione collettiva connessa ai diritti fondamentali⁵⁷ che pure assume una qualche rilevanza in alcune decisioni del giudice costituzionale- mentre elude, d'altro verso, ogni

⁵⁶ E-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, (1990), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 159 ss.

⁵⁷ Sul punto, v. soprattutto K.-H. Ladeur, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte...*, cit., p. 504 ss.; nonché Id., *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in T. Vesting, S. Koriath und I. Augsburg, *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung* (Hrsg.), Tübingen, 2014, p. 17 ss.; inoltre, ivi v. anche T. Vesting, *Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke*, p. 57 ss.

riferimento all' influenza che sugli schemi teoretici può avere l' impatto con il sistema dei diritti internazionali e comunitari.

6. *Diritti fondamentali e teorie dei diritti: tra concezione sostanziale ed approccio giuridico-formale: affinità e antinomie nel pensiero di Robert Alexy e Luigi Ferrajoli.*

Nel pluralismo delle teorie dei diritti fondamentali non mancano ricostruzioni di tipo deduttivo, che connettono il carattere fondamentale del diritto ad una serie di condizioni presuppositive, quali, la natura degli interessi e dei bisogni a cui viene prestata tutela o assicurata la soddisfazione*.

Robert Alexy, ad es., riconosce tale carattere a quegli interessi (o bisogni) connessi secondo un rapporto di stretta essenzialità all' esistenza od all' autonomia dell' individuo, così che la loro violazione o mancata soddisfazione può comportare la morte, od il patimento di gravi sofferenze della persona o, ancora, viene a toccare il nucleo essenziale della sua autonomia⁵⁸. In quest' ordine di idee, fondamentali si mostrano i diritti umani in generale, senza riguardo alla natura formale della fonte di produzione in relazione all'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico statale. Ciò spiega anche il riconoscimento in dottrina del requisito di universalità come proprio ed intrinseco, oltre che esclusivo, dei diritti fondamentali⁵⁹, posizione che lo stesso *Robert Alexy*, però, non manca di

⁵⁸ R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit., p. 251.

⁵⁹ "La caratteristica dell' universalità appartiene al concetto stesso di "diritti umani". Se i diritti umani fossero pensati come particolari, perché mai qualificarli così? Non avrebbe alcun senso qualificare come "umani" diritti che sono "particolari", cioè propri di un popolo o di una classe di individui": così F. Viola, in F. Bottari, F. Totaro, *Universalismo ed etica pubblica*, Milano (Vita e Pensiero), 2006, p. 155 ss.

sottoporre a critica, in riferimento all' universalità sia dei soggetti titolari dei diritti come dei destinatari dei relativi obblighi⁶⁰.

Seguendo un approccio in parte diverso da quello ora esposto, *Luigi Ferrajoli* riconnette l' universalità alla dimensione soggettiva dei diritti fondamentali, spettanti "...a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status⁶¹ di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire" ⁶². Attingendosi, tra l' altro, alle suggestioni del pensiero di *Luhmann*, i diritti fondamentali sono inquadrati come aspettative positive (a prestazioni) o negative (a non lesioni) ascritte " ad un soggetto da una norma giuridica"⁶³. Tanto, non equivale a ignorare il dato giuridico-positivo giacché l'esistenza di norme generali di diritto positivo che riferiscono a "classi" intere di soggetti⁶⁴ la titolarità dei diritti fondamentali "in

⁶⁰ Sul primo versante, l' universalità implica, come primo problema, quello relativo alla possibilità di una limitazione della sfera di attribuzioni in ragione del concetto (biologico) di "uomo" che le prescrizioni dei diritti umani verrebbero a considerare. Un altro ordine di problemi consegue, poi, al fatto che titolari di tali diritti possano considerarsi unicamente gli individui, con l' esito di escludere *tout court* dal novero dei diritti umani i diritti cd. di terza generazione o i diritti collettivi (appartenenti a determinati gruppi. In fine, pur spettanti a tutti, i diritti umani non possono nella realtà essere sempre fatti valere da ciascun individuo (si pensi, ad es., al diritto al mantenimento ed all' educazione, che può essere fatto valere soltanto dal bambino). Così, l' unico profilo che verrebbe a distinguerli dagli altri diritti (non universali) sarebbe la loro natura "categorica" per cui la titolarità non risulta condizionata da alcun titolo di acquisizione). Ad intendere, invece, l' universalità dei diritti umani con riferimento specifico ai destinatari del vincolo di tutela la questione può risultare anche più complessa perché se è vero che, di regola, essi possono farsi valere *erga omnes* ciò non si mostrerebbe vero in ogni caso (es., il bambino che può far valere il proprio diritto al mantenimento unicamente verso la famiglia, o il riferimento del diritto di elettorato nei confronti del "singolo" Stato): R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. Gosepath, G. Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 244 ss.

⁶¹ ...intendendosi per 'status' "la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio": L. Ferrajoli, *Principia juris*, cit., p. 726.

⁶² "Essa ci dirà *che cosa sono* i diritti fondamentali, o meglio cosa conveniamo d' intendere con questa espressione, e non certo *quali sono* i diritti fondamentali e quali classi di soggetti ne sono titolari. ... Neppure la nostra definizione può dirci *quali sono di fatto* i diritti effettivamente tutelati come fondamentali in un dato ordinamento ... Tanto meno, la nostra definizione ci dirà *quali devono essere* (o quali è giusto che siano) i diritti fondamentali...": L. Ferrajoli, *Principia juris*, cit., p. 725.

⁶³ *Ibidem*, p 726.

⁶⁴ Un tratto peculiare di tale linea di pensiero sta, ancora, nel "riferimento estensionale agli status personali (personalità, cittadinanza, capacità di agire) che ne formano il presupposto. Essi

eguale forma e misura”⁶⁵ rappresenta il presupposto che legittima la fondatezza delle aspettative in parola. Ai (soli) diritti umani è riservato, peraltro, il riconoscimento di un’ universalità –per così dire- “assoluta”, vale a dire intesa come estensione indistinta della sfera di efficacia a tutti, uomini e donne⁶⁶.

Tanto nel pensiero di *Alexy* che, soprattutto, in quello di *Ferrajoli*, la condizione fondamentale di un diritto è posta in relazione, in ultima analisi, con l’ eguaglianza di posizioni giuridiche soggettive, per quanto il primo sembri far leva precipuamente sulla natura “umana” elementare propria di esso. Tuttavia, il riferimento di *Alexy* ai soli interessi essenzialmente connessi all’ esistenza od all’ autonomia dell’ individuo, la cui violazione o mancata soddisfazione possa recare, oltre alla morte, gravi sofferenze della persona o vulnerarne il nucleo essenziale della sua autonomia appare, a ben vedere, o troppo limitato o, all’ opposto, eccessivamente ampio e generico per delineare un paradigma sostanziale. Basti pensare, in senso contrario, allo slargamento del novero dei diritti universali, per i quali vige una tutela internazionale, sancito dalla Dichiarazione Universale del ‘ 48, che comprende anche il diritto alla sicurezza sociale (art. 22, Dich. Univ. ONU) o alla cultura (art. 26 Dich. Un. ONU) insieme ai diritti sociali e politici, spettanti, rispettivamente a particolari categorie di soggetti⁶⁷ o inscindibilmente connessi allo *status* di cittadinanza (art. 21 D.U.)⁶⁸. Indubitabile appare il riconoscimento anche a questi ultimi della natura di diritti umani quantunque tra essi, alcuni possono rendersi suscettibili

“denotano altrettante classi di persone con riguardo alle quali è predicabile l’ universalità di tutti i diversi tipi di diritti fondamentali”: *Idem*.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ L. Ferrajoli, *Principia juris*, cit., p. 660.

⁶⁷ Ad una classificazione dei diritti umani sanciti dalla Dichiarazione Universale Onu del ‘ 48 procede, tra gli altri, S. Kirste, *Das Fundament der Menschenrechte*, cit., p. 120 ss., poi distinguendoli in quattro gruppi in ragione della loro relazione con il pubblico potere: (Rechte der Menschen gegenüber der öffentlichen Gewalt, durch die öffentliche Gewalt, der Mitwirkungsrechte an der öffentlichen Gewalt und des Rechts auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Menschen”: p. 124).

⁶⁸ E. Denninger, *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 252 ss.

di affievolimento in presenza di eventi così gravi da legittimare, in generale, una deroga e/o sospensione dei trattati stessi⁶⁹, laddove altri diritti (es., divieto di tortura) sono riconosciuti come assolutamente inderogabili⁷⁰.

Ciò consente di concordare sul fatto che il carattere di diritto fondamentale non possa essere circoscritto al solo diritto alla vita ed alle libertà fondamentali, come l' *habeas corpus*, insieme alle "altre garanzie penali e processuali"⁷¹ ma che nella loro costituzionalizzazione sia da rinvenirsi, in definitiva, la forma giuridica compiuta di un processo storico-politico mirato a generalizzare e rafforzare le garanzie della tutela individuale prestata da tali diritti⁷².

Anche nella ricostruzione di Ferrajoli rileva l'esistenza di qualche distico oppositivo, come ad es., il richiamo a condizioni e presupposti di natura tipicamente giuridica che sembrano operare in modo selettivo all'interno dell'ordinamento statale, secondo lo schema dell'inclusione/esclusione. L'A. peraltro non risolve senz'altro i diritti fondamentali nel complesso dei "«diritti pubblici» o «costituzionali»"⁷³, quantunque, in punto di approccio metodologico, sono prese le distanze tanto dall'"universalismo" assiologico, che considera il "valore universale e per così dire oggettivo, o razionale espresso da tali diritti"; come anche dall'universalità in senso sociologico,

⁶⁹ E. Denninger, *Menschenrechte*, cit., in pp. 259/260.

⁷⁰ E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, *passim*; Id., *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, cit., p. 249 ss.; Id., *Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität*, in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 305 ss.; Id., *Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung*, *ivi*, p. 318 ss.; H. Joas, *Die Sakralität der Person*, Berlin, 2011, part. p. 108 ss.; p. 251 ss.

⁷¹ "Idem: "Ma ci sono anche diritti fondamentali, come il diritto potestativo di disporre autonomamente dei propri beni, che spettano solo alle persone capaci d'agire; e altri ancora, come i diritti politici, taluni diritti sociali e il diritto di accesso e circolazione nel territorio dello Stato senza specifiche autorizzazioni, che spettano soltanto ai cittadini".

⁷² L. Ferrajoli, *Principia juris*, vol. 2, Roma-Bari 2007, p. 47.

⁷³ *Ibidem*, p. 725.

intesa come “condivisione universale” dei diritti fondamentali⁷⁴, ritenuta -a ragione- una tesi ideologica che sostiene un approccio scientifico multiculturalista, giungendosi così a smentire la premessa argomentativa riguardante la condizione universale dei diritti.

La precipua valorizzazione dell’eguale riconoscimento a tutti, o a categorie generali di soggetti (persone, cittadini, individui)⁷⁵, dei diritti fondamentali finisce per tradurre, in ultima analisi, la sostanza stessa del costituzionalismo democratico⁷⁶. Al riguardo, nessun significato può assumere la distinzione tra un’ universalità assoluta, comprendente diritti (alla vita, libertà etc.) a cui corrispondono “divieti universali di lesione a carico di tutti”⁷⁷, per i quali la pretesa di tutela può essere fatta valere nei confronti di ogni singolo soggetto; ed un’ universalità relativa, riferita invece a diritti (salute, istruzione etc.) pretensibili unicamente verso le “istituzioni pubbliche o private deputate al loro soddisfacimento”⁷⁸. Anche in tale elaborazione, decisiva appare la connessione tra diritto fondamentale e sua positivizzazione, quale momento della decisione costituente o espressione della volontà del legislatore costituzionale.

PARTE II: APPROCCI CLASSIFICATORI DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DINAMICHE DELL’ ESPERIENZA APPLICATIVA.

7. *Classificazioni dei diritti fondamentali e pluralismo degli approcci ordinatori.*

In base a quanto fin qui argomentato sull’ esperienza dinamica e complessa che investe i diritti fondamentali e la loro storia, non può sorprendere l’ esistenza di una pluralità di approcci classificatori diversi, quale

⁷⁴ L. Ferrajoli, *Principia juris*, vol. 2, cit., p. 58.

⁷⁵ L. Ferrajoli, *Principia juris*, vol. 1, Roma-Bari 2007, p. 655 ss. (“sono *universali* tutti i diritti e i doveri a una generalità di soggetti e che formano perciò il fondamento e il parametro della loro *uguaglianza giuridica*”: p. 655).

⁷⁶ L. Ferrajoli, *Principia juris*, vol. 2, cit., p. 57.

⁷⁷ L. Ferrajoli, *Principia juris*, cit., p. 656.

⁷⁸ *Idem.*

risultato di uno sforzo di riconduzione a sistema di tali diritti. Le diverse teorie che riflettono direttamente o implicitamente i termini del dinamismo sociale rappresentano comunque una premessa e, nel contempo, un paradigma di raffronto per il pensiero dogmatico che, con qualche variazione di senso e portata, ha modellato nel corso dell'esperienza le diverse soluzioni ordinarie. Così, se l'approccio liberale è alla base della qualificazione dei diritti essenzialmente come libertà negative, nel contesto di un assetto organizzativo basato sulla rigida contrapposizione di Stato e società, in altre classificazioni dogmatiche, in cui la libertà è posta in relazione funzionale con l'ordinamento collettivo, rileva un certo rafforzamento del vincolo di responsabilità sociale che condiziona l'esercizio dell'azione individuale *. In altre classificazioni si valorizza, in relazione a singoli aspetti della sfera materiale dei diritti, sia la dimensione negativa (libertà) che quella positiva, corrispondenti alla classica ripartizione *libertà e diritti*⁷⁹, inclusi i *diritti sociali (Sozialrechte)*, a cui si abbinano anche le *libertà economiche*⁸⁰.

Nella manualistica corrente, la ripartizione tra *libertà negative* e *libertà positive*⁸¹ affianca sovente quella tra *libertà individuali* e *collettive*, connotate, queste ultime, dal fatto che il loro esercizio (pur trattandosi di garanzia individuale) deve avvenire necessariamente ad opera di più soggetti (es., libertà di riunione, di associazione).

Sulla dimensione soggettiva della tutela è basata la classificazione in diritti assoluti, opponibili *erga omnes*⁸² e relativi, come quella in diritti *individuali* e *funzionali*, che assume a parametro l'interesse sottostante l'esercizio

⁷⁹ R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, XVI ed., Torino 2015, p. 524.

⁸⁰ T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 403 ss.

⁸¹ P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, p. 496.

⁸² R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, XVI ed., Torino 2015, p. 524. Tale distinzione, peraltro, è ripresa in F. Modugno, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, p. 580.

del diritto⁸³. Sul primo versante, si distinguono anche i diritti che incidono nella sfera (intima) individuale⁸⁴, o in quella pubblica o, ancora, nella sfera economica dell'individuo⁸⁵, questi ultimi posti a tutela della "dimensione sociale della persona"⁸⁶, a cui si aggiungono i *diritti sociali*⁸⁷.

Tali classificazioni scontano il limite dell' approssimazione e in qualche caso, come ben rileva *Mario Dogliani*⁸⁸, risultano addirittura fuorvianti, in particolare, ad es., quando si riferisca l' immediatezza della tutela ai soli diritti di libertà negativa⁸⁹. Del resto, e in generale, esse appaiono meno pregnanti perché l' istanza di tutela soggettiva si integra a volte con determinazioni istituzionali, in un quadro sistemico non scevro di tensioni: per tutte, si pensi al diritto fondamentale a costituire una famiglia ex art. 29 Cost. e, nel contempo, alla famiglia (eterosessuale) intesa come istituto dell' ordinamento statale. In tale contesto, peraltro, suggestiva si mostra la classificazione -di *Jürgen Habermas*- operata in base ad una prospettata diversità di rango (gerarchico) dei diritti fondamentali, determinata dalla maggiore funzionalità di alcuni di essi (es., libertà di riunione, di manifestazione del pensiero, etc.) rispetto al corretto

⁸³ ...mentre i diritti individuali riguardano unicamente la sfera di interesse di chi esercita il diritto, i cd. diritti funzionali "sono attribuiti al singolo per il perseguimento di finalità predeterminate a vantaggio della comunità, e non liberamente scelte dall' individuo" (es., diritto di proprietà, diritti di famiglia): R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p. 526. Si ammette tuttavia che tale distinzione ha smarrito oggi ogni utilità in seguito all' intreccio di interessi concorrenti che sottende l' esercizio di ogni diritto, individuale e/o funzionale.

⁸⁴ R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., p. 547 ss.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 584 ss.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 561 ss.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 581 ss.

⁸⁸ M. Dogliani, I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino (Giappichelli), 2015, p. 185 ss.

⁸⁹ Rileva Dogliani come proprio la giurisprudenza costituzionale, del resto, abbia da tempo provveduto a smontare l' originario asserto dogmatico che configura i diritti sociali come diritti condizionati, riconoscendo ad es. l' efficacia immediata anche di pretese rientranti nella sfera materiale di garanzia di diritti sociali (es.: prestazioni sanitarie). In senso analogo, v. anche R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale* (XV ed.), Torino, 2014, p. 315 («che esistano diritti del tutto "negativi", ossia che consistono in una pura richiesta di astensione rivolta agli altri soggetti pubblici o privati, è un mito:...»).

svolgimento del processo democratico⁹⁰ (*“weil Einheit und Vernunft der Gesellschaft in einer lebendigen politischen Öffentlichkeit ihre Heimstatt finden..”*)⁹¹ quale forma di inveroamento dell’ unità sociale.

7.2. Una classificazione che riprende gli sviluppi dell’ esperienza è quella formulata per “generazioni” di diritti, anche in ragione delle più recenti aperture della giurisprudenza.

Mentre nei diritti di prima generazione rileva essenzialmente la libertà (anche politica) di agire dell’ individuo, i diritti di seconda generazione si caratterizzano per l’ estensione, oltre che del numero, della portata materiale dei diritti fondamentali (diritto all'educazione, al lavoro, alla salute, all'assistenza) dove emerge, accanto al profilo negativo la dimensione positiva della necessità di mediazione del potere pubblico per l’ effettività del diritto in questione. Ad es., il diritto alla salute quale “difesa dell’ integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi” allude al generale impegno dello Stato a prevenire o sanzionare condotte di terzi, lesive del bene suddetto. Quale diritto a fruire di trattamenti sanitari, in cui si fa consistere la dimensione positiva, l’ esercizio effettivo del diritto resta condizionato all’ intervento del legislatore chiamato a fissare, tra l’ altro, strumenti, tempi e modi della relativa tutela⁹², compatibilmente con le generali disponibilità finanziarie dello Stato. Stesso discorso vale anche, ad es., per il diritto all’ abitazione⁹³, la cui effettività non può prescindere dall’

⁹⁰ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 435 ss.

⁹¹ U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 69 (con riferimento proprio al pensiero di Habermas).

⁹² Corte cost., v sentt. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987, citate in V. Baldini, *L’ attuazione dei diritti fondamentali tra legge e sentenza*, in AA.VV. (a cura di F. De Martino), *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri*, Ripalimosani, 2012, p. 63 ss., part. p. 75 (nota n. 43).

⁹³ Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ad es., è maturato il riconoscimento di un diritto ad una condizione minima di esistenza (Recht auf Existenzminimum): BVerfG, 9.02.2010, 1 BvL 1/09 – 1 BvL 3/09 – 1 BvL 4/09.

attuazione di politiche sociali e finanziarie finalizzate a renderlo attuale e concreto *. Ben noto è, poi, lo sviluppo legislativo che nel tempo ha ricevuto il diritto fondamentale all'istruzione attraverso, ad es., l'effettività del diritto allo studio in osservanza dell'art. 34, c. 3., Cost., o la regolamentazione del diritto all'integrazione scolastica delle persone diversamente abili *.

Una nuova frontiera di sviluppo dei diritti fondamentali delineano anche i cd. diritti di terza generazione (diritto allo sviluppo sostenibile, diritto all'acqua, alle risorse alimentari, etc.) i quali trovano per lo più espressione in trattati internazionali, ed hanno più stretta attinenza ad interessi collettivi generali come ad istanze di solidarietà umana. La pretesa al rispetto ed allo sviluppo della pace, che trova una qualche corrispondenza all'interno della Carta costituzionale (art. 11 Cost.), come pure la tutela dell'ambiente (artt. 9 e 32 Cost.), oltre alla preservazione di Beni rientranti nel patrimonio comune dell'umanità; il diritto allo sviluppo; il diritto alla trasparenza amministrativa, il diritto alla riservatezza dei dati telematici, si tratta di pretese che vanno ben oltre la dimensione elementare della tutela individuale. La novità di tali diritti sta, dunque, nel nesso funzionale che lega, in qualche modo, la natura fondamentale del diritto ad un generale principio di responsabilità comunitaria, anche nell'intento di contenere -se non proprio neutralizzare- i rischi che l'affermarsi del nuovo ordine economico globale è in grado di recare soprattutto per la parte più debole dell'umanità.

La categoria dei diritti definiti di quarta generazione include, di tendenza, i risultati dei più recenti orientamenti della giurisprudenza, nazionale ed europea, connessi soprattutto agli sviluppi della ricerca scientifica e del progresso tecnologico (diritto all'oblio, diritto all'identità biologica, all'accesso alla rete telematica) ⁹⁴. Tali nuovi diritti possono affermarsi, essenzialmente,

⁹⁴ La Carta di Nizza dell'UE, ad es., fa menzione di diritti di tal fatta, quali possono ritenersi i diritti connessi alle pratiche bioetiche (art. 3, c. 2); il diritto alla protezione dei dati personali

come proiezione o articolazione di diritti classici generati sovente attraverso un' esegesi in chiave sistematico-evolutiva condotta dal giudice. Emblematico, in tal senso, è il caso del *diritto alla genitorialità*, che trova solo un' indiretta copertura costituzionale nel combinato disposto degli artt. 2, 29, 30 Cost., quale espressione della libertà ad autodeterminarsi in materia * ma che è emerso con particolare evidenza soprattutto in ragione della possibilità di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Nella forma più avanzata, infatti, tale diritto include nella sua sfera materiale di garanzia la pretesa a ricorrere alle suddette tecniche per realizzare il desiderio di genitorialità. Il medesimo diritto riceve tutela anche dalla Convenzione EDU e, come tale ha trovato un importante riferimento in una decisione della Corte di Strasburgo (caso *SH e altri c/Austria*) che ha riconosciuto il "diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo" in quanto rientrante nella sfera materiale di applicazione dell'art. 8 CEDU, espressione di una libertà di scelta inerente alla sfera della "vita privata e familiare"⁹⁵.

(art. 8); i diritti del bambino (art. 24); la tutela dell' ambiente (art. 37); la tutela dei consumatori (art. 38).

⁹⁵ Al riguardo, le preoccupazioni fondate "su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale" di un figlio nato con siffatta tecnica procreativa non sono state considerate dai giudici EDU ragioni in sé stesse sufficienti per legittimare un divieto assoluto "di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli", anche al fine di evitare trattamenti normativi ingiustificatamente discriminatori, che violassero il disposto dell'art. 14 della Convenzione EDU.

La Prima Sezione del Tribunale di Strasburgo riconobbe allo Stato, in ogni caso, un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione della materia, in considerazione della mancanza di un approccio uniforme da parte degli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione. Tuttavia, una volta che il legislatore avesse deciso di consentire la procreazione artificiale tale scelta avrebbe dovuto corrispondere ad un principio di coerenza, in grado di considerare in modo adeguato "ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione" il complesso degli interessi soggettivi coinvolti.

Più specificatamente con riguardo all' obiezione relativa ai rischi connessi all'impiego delle nuove tecniche di PMA la stessa Corte EDU aveva rinviato alle competenze del legislatore cui sarebbe spettato di procedere all'accertamento di tali rischi "dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati". Circa il rischio di "relazioni familiari inconsuete" conseguenti, ad es.,

Nell'ordinamento italiano, dopo un periodo lungo di vuoto legislativo, che ha legittimato il ricorso alle più diverse tecniche di fecondazione assistita, è intervenuta la l. n. 40/2004 a regolamentare tale pratica, sancendo tra l'altro il divieto del ricorso alla procreazione di tipo eterologo (art. 3, l. n. 40/2004). Ma, anche nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale europeo, la Corte

all'esistenza di una divergenza tra la madre biologica e quella genetica del bambino, da cui avrebbero potuto anche scaturire liti giudiziarie, si precisò che il richiamo a tali relazioni familiari non era *ex sé* idoneo a legittimare un divieto assoluto come sancito dalla legge, pur apprezzandosi l'intento di far sì che la procreazione medicalmente assistita avesse luogo in maniera simile a quella naturale. All'argomentazione del Governo, contraria ad una liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione *in vitro* e basata sul grave pregiudizio che il difetto di informazione circa l'identità biologica del bambino -dato che la sua reale discendenza non è rivelata nelle anagrafi- avrebbe recato allo sviluppo della sua personalità, i giudici di Strasburgo hanno opposto la non assolutezza di tale diritto, per quanto riconducibile alla sfera di tutela garantita dal rispetto per la vita privata. Il legislatore avrebbe dovuto comporre nei termini di un ragionevole bilanciamento l'interesse all'anonimato dei donatori "ed i legittimi interessi nell'ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato". La differenza di trattamento tra una coppia che, per avere un bambino può solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vitro* e quella che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, non appariva, dunque, dotata di giustificazione oggettiva e ragionevole, alla luce del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione EDU. Sul punto, v. anche E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze ed incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" diventano decisivi*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

Questa decisione -come è noto- è stata riformata dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU che ha fatto leva, essenzialmente, sulla carenza di un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa l'importanza degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, cosa che rende il margine di apprezzamento discrezionale a disposizione di ogni stato più ampio, fino a comprendere la decisione di legiferare in materia nonché i contenuti della disciplina eventualmente apprestata, la cui adeguatezza può essere oggetto di sindacato da parte del giudice europeo. La Grande Camera ha riconosciuto che, nella specie, l'esercizio di detto margine di apprezzamento discrezionale non integrava una violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, il quale non implica, per lo Stato, un assoluto divieto di ingerenza quando sussistano (anche) obblighi positivi, tali da giustificare l'adozione di misure idonee ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. Le preoccupazioni basate su considerazioni di ordine morale non possono costituire, inoltre, la ragione esclusiva di giustificazione del divieto assoluto di una tecnica specifica di procreazione artificiale, quale la donazione di ovuli. La rapida evoluzione del progresso medico-scientifico in materia determina, peraltro, una generale difficoltà a stabilire una base stabile alla cui stregua valutare necessità e adeguatezza delle misure legislative adottate, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie soltanto dopo un lasso di tempo considerevole. Nella circostanza, il legislatore austriaco aveva proceduto con la dovuta cautela nello stabilire un equilibrio tra gli opposti interessi e non aveva violato l'art. 8 della Convenzione né con la previsione del divieto di donazione di ovuli ai fini della PMA, né, ancora, con la sanzione il divieto di donazione di sperma per la fecondazione *in vitro*, ex art. 3 della disciplina in esame.

costituzionale ha sanzionato l' incostituzionalità di tale divieto⁹⁶, sulla premessa del superamento del figurino familiare fondato sulla genitorialità biologica a favore di un modello di genitorialità incardinato sul principio di autonomia e responsabilità *.

Un' altro caso di diritto di quarta generazione è quello alla *conoscenza della propria identità biologica*, che il giudice costituzionale ha precisato nelle sue connotazioni anche procurali *, insieme al diritto all' autodeterminazione in materia di fine-vita.

7.3. Interessante risulta anche l' ampliamento in via giurisprudenziale della legittimazione processuale soggettiva per la tutela di diritti fondamentali la cui consistenza in termini di interesse supera la dimensione individuale per estendersi fino in capo a soggetti collettivi, sindacati o associazioni di categoria. Ad es., con riguardo al principio di laicità dello Stato, le Sezioni Unite della Cassazione, ritenuto che l' interesse "collettivo o diffuso"⁹⁷ si riferisca "alla popolazione nel suo complesso", hanno ammesso alla sua tutela enti esponenziali della collettività, precisando come anche il legislatore possa in casi specifici espressamente prevederla in capo "ad associazioni o enti collettivi" (es: l. 241/90, art. 9; l. 349/86, art. 18)⁹⁸. In tale ordine di idee, un caso emblematico è rappresentato dalla l. n. 281/98 (in tema di tutela dei diritti dei consumatori e

⁹⁶ Nel contesto delle valutazioni operate, la Corte costituzionale ha sottolineato anche la natura recente del divieto in questione, sottolineando come l'impiego della PMA di tipo eterologo fosse risalente ad un tempo precedente all'entrata in vigore della legge n. 40/04.

⁹⁷ Corte di Cassazione, S.U., sent. 14.3.2011, n. 5924. Nella circostanza, peraltro, la Corte espressamente lascia insoluta la questione circa la possibilità di distinguere tra interessi "diffusi" e interessi "collettivi", i quali ultimi, secondo una dottrina minoritaria, riguarderebbero "non l' intera collettività ma solo gruppi organizzati" (punto 7.6. della sentenza). Secondo una dottrina che la Cassazione stessa definisce come "maggioritaria" "gli interessi diffusi costituiscono un *tertium genus* tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, rappresentando una sorta di "diritto sociale" o della collettività, perché avente ad oggetto una relazione sociale, che non riguarda gli individui privati in senso stretto, né gli apparati pubblici, ma si appunta sulla collettività in quanto tale."

⁹⁸ Corte di Cassazione, S.U., sent. 14.3.2011, n. 5924.

degli utenti) che riconosce ad associazioni di consumatori la legittimazione autonoma a vantare in giudizio una tutela risarcitoria, spettante ai consumatori lesi da condotte anticoncorrenziali, e dalle quali sia derivato un “indebito aumento dei prezzi”; tanto, sul presupposto che attraverso l’ azione giudiziaria si perseguono comunque interessi “collettivi e comuni all’ intera categoria degli utenti dei servizi assicurativi”⁹⁹.

D’ altra parte, il Consiglio di Stato ha considerato principio “affermato in giurisprudenza” quello che intesta alle associazioni di categoria il diritto di agire in giudizio impugnando atti concernenti i singoli associati, quando sia in predicato una lesione dell’ interesse collettivo “statutariamente tutelato” dalla associazione nella prospettiva di realizzare vantaggi giuridicamente riconducibili alla sfera dell’ intera categoria di associati¹⁰⁰.

Gli indirizzi ora richiamati favoriscono dunque il rafforzamento sul piano delle condotte processuali del presidio di garanzia riconducibile a singoli diritti fondamentali nella misura in cui si riconoscono in essa profili di interesse comune, di cui si rendono istituzionalmente portatori anche soggetti collettivi.

Essi, pertanto, delineano una nuova dimensione dei diritti fondamentali che va ben oltre quella individuale tipica del pensiero liberale aprendosi piuttosto ad una percezione *lato sensu* comunitaristica e di interesse generale di questi ultimi.

La novità di tale impostazione attinge, in ultima analisi, alle istanze del pluralismo che la Costituzione repubblicana del ’48 senz’ altro asseconda quando, ad es., riconosce i diritti delle minoranze linguistiche (art. 6 Cost.) –sul modello di altre Costituzioni come ad es. quella della Bolivia, dell’ Ecuador o di

⁹⁹ Corte di Cassazione, Sez. civ. II., sent. 18.8.2011, n. 17351. Nella circostanza, peraltro, è stato ritenuto che l’ iniziativa processuale del Codacons mirava unicamente a soddisfare “interessi che vanno oltre quelli propri di ogni singolo danneggiato e che non avrebbero potuto essere perseguiti tramite la somma delle singole iniziative”: punto 4.2. della sentenza.

¹⁰⁰ Cons. Stato, Sez. V, sent. del 15.6.2007 – 11.7.2008, n. 3451.

alcuni *Länder* tedeschi (Brandeburgo e Sassonia)¹⁰¹- o reca la previsione della tutela di enti e associazioni (sindacati, partiti politici, associazioni religiose) espressioni del pluralismo politico e sociale.

Può concludersi, allora, che il riconoscimento di questa nuova dimensione dei diritti fondamentali include anche risvolti di tipo istituzionale dando conferma di una sempre più intensa connessione funzionale –meglio: di una sostanziale identificazione di diritti fondamentali e valori costituzionali.

PARTE III: ASSETTO MULTILIVELLO E GENERALIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

8. *La dimensione ultra- e/o sovrastatale della tutela dei diritti.*

Veniamo ora ad uno dei punti più significativi e complessi dell'esperienza dei diritti fondamentali, quello, cioè, relativo alla progressiva strutturazione ed allo sviluppo di un assetto multilivello di tutela di tali diritti¹⁰².

E' noto, in generale, come le Costituzioni democratiche europee -perciò anche quella italiana- abbiano fissato i presìdi di un siffatto sviluppo stabilizzando, nel quadro dei principi fondamentali irrinunciabili, una disciplina di favore verso il diritto internazionale¹⁰³. Nello specifico, le disposizioni degli artt. 10 e 11 della Costituzione come, da ultimo, la novella dell' art. 117 c. 1 Cost., realizzano in forme diverse l' apertura dell' ordinamento statale alle regole, consuetudinarie e convenzionali, del diritto internazionale. In chiave

¹⁰¹ La Costituzione del Land del Brandeburgo del 1992 sancisce espressamente all' art. 25, comma 1, il diritto del popolo sorabo alla tutela della propria identità nazionale, e lo stesso fa la Costituzione del Land di Sassonia (art. 6).

¹⁰² Al riguardo, cfr. per tutti M. Scudiero, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo multilivello*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D' Atena*, Milano, 2015, Tomo IV, p. 2979 ss.

¹⁰³ V. ancora D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte !*, cit., p. 56.

comparatistica, corrispondenti della disciplina italiana si trovano nell' art. 24 *Grundgesetz* -e nella successiva novella dell' art. 23 GG, il cd. *Europa-Artikel*- nell' art. 88 (commi 1-4) della Costituzione francese, negli artt. 93-96 della Costituzione spagnola, per citarne alcune.

Per quanto concerne, in particolare, l'ordinamento italiano, il consolidamento di un assetto multilivello, soprattutto per il versante del diritto internazionale convenzionale (per quello comunitario si dirà più avanti) ha subito un' accelerazione in ragione della suddetta novella costituzionale del 2001, che ha formalmente imposto al legislatore ordinario, statale e regionale, l'obbligo del rispetto "dei vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Ne è conseguito, quale primo effetto evidente, l'attribuzione alla prescrizioni della Convenzione EDU del rango di "norma interposta", la cui violazione ridonda, di regola, in una lesione del parametro costituzionale corrispondente (Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007).

In un quadro più generale, questa ricostruzione operata dal giudice costituzionale ha finito di massima per realizzare l' integrazione dei diritti convenzionali nel sistema nazionale dei diritti fondamentali, edulcorando il rigore del criterio giuridico-formale basato sulla natura essenzialmente costituzionale di tali diritti. Ciò, unitamente al determinarsi di una permeabilità reciproca di metodi esegetici e dinamiche applicative dei diritti che si sviluppano all' interno dei distinti sistemi ad opera, rispettivamente, dei giudici costituzionali ed europei, concorrendo così a rafforzare di fatto le strette interdipendenze tra i detti sistemi.

Naturalmente, una siffatta rappresentazione integrata del «giardino dei diritti»¹⁰⁴ non può giungere a realizzare una uniformità in assoluto del livello di

¹⁰⁴ Così testualmente A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 35.

efficacia formale tra i due sistemi di diritti ma presenta una flessibilità intrinseca che si manifesta, soprattutto, nella prevalenza del sovraordinato diritto costituzionale nazionale in caso di contrasto con il diritto di fonte convenzionale. Tale flessibilità è documentata, ad es., dagli esiti non sempre concilianti del confronto tra posizioni giurisprudenziali, della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, che porta, in fine, ad un riequilibrio della dimensione delle tutele riconosciute ad un diritto, rispettivamente, dall'ordinamento interno e da quello internazionale¹⁰⁵.

Nel solco di una dialettica così descritta si collocano diverse decisioni in cui la Corte ha inteso specificare i termini della possibile integrazione tra i diritti costituzionali e quelli sanciti dalla Convenzione EDU, definendo ambiti e condizioni per l'osservanza di quest'ultima da parte dei giudici nazionali. In primo luogo, essa ha sollecitato il ricorso ad un'interpretazione convenzionalmente conforme della legge statale da parte dei giudici di merito "fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica", pertanto, quest'ultimo non può applicare direttamente la norma convenzionale ma deve sollevare la questione soltanto quando "ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa" (sent. 311/09).

In un'altra decisione, di poco successiva (sent. 317/09), sulla premessa dell'esigenza di una tutela "sistemica e non frazionata" dei diritti fondamentali si precisa come alle sole autorità nazionali spetti di fare in modo che tale tutela non si sviluppi "in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea".

¹⁰⁵ Al riguardo, v. da ultimo C. Pinelli, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Relazione presentata al Convegno su: "I mutamenti costituzionali attraverso la giurisprudenza europea", (Cassino, 12 e 13 maggio 2016), p. 4 del *paper*, che sottolinea come sia soprattutto nella sent. n. 349 che la Corte costituzionale abbia mostrato l'intenzione di adeguarsi "molto più direttamente ed esplicitamente" all'orientamento della Corte di Strasburgo.

Ritenuto, peraltro, che il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali non possa mai essere causa di una “diminuzione di efficacia” della garanzia ma, anzi, debba tradursi in un “*plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”, la “valutazione finale” sulla effettiva consistenza della tutela è dalla Corte costituzionale fatta derivare da un complesso articolato (una “combinazione virtuosa” la denomina la Corte) di apporti formali-sostanziali, risalenti, rispettivamente, a legislatore ordinario, giudice comune e Corte costituzionale, che deve assicurare comunque l’ esito della “*massima espansione delle garanzie* (corsivo mio: n.d.r.) , anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti” (nr.7 del “Considerato in diritto”)¹⁰⁶. Con tale formula la Corte sembra dunque alludere ¹⁰⁷ in buona sostanza a ciò che una nota dottrina qualifica come “ottimizzazione” dei diritti fondamentali (v. *infra*).

A parte quanto si dirà avanti sulla “debolezza” intrinseca del concetto di ottimizzazione che, va detto, non si realizza mai secondo un ottimo paretiano ma delinea un risultato di parte, nella misura in cui implica il ricorso ad operazioni di bilanciamento tra interessi concorrenti, vale la pena di

¹⁰⁶ La suddetta combinazione virtuosa deve aversi –così testualmente la Corte- „tra l’ obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU -...-, l’ obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l’ obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell’ ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice- di non consentire che continui ad avere efficacia nell’ ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale... L’ accertamento dell’ eventuale *deficit* di garanzia deve ... essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell’ art. 117 Cost.”: sent. n. 317/09. Al riguardo, v. da ultimo ancora C. Pinelli, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’ uomo*, cit..

¹⁰⁷ “il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’ espansione di una singola tutela”: sent. n. 264/2012.

sottolineare come ben oltre la dimensione giuridico-positiva (sent. n. 49/15)¹⁰⁸ propria della Convenzione EDU essa agisce come una vera e propria *Nebenverfassung* in grado di favorire, in ultima analisi, rimodellamenti e adattamenti dei diritti costituzionali nazionali¹⁰⁹.

Peraltro la possibilità di futura adesione alla Convenzione EDU dell'Unione europea, prevista dal Trattato di Lisbona, sembra in grado di aprire una nuova stagione in quanto concerne l'applicazione diretta della Convenzione da parte del giudice di merito*.

8.2. Se come si è visto la determinazione del livello della tutela risulta ispirata a logiche di più stretta integrazione, per ciò che riguarda i diritti della convenzione EDU, per il versante dei diritti comunitari, in particolare per quelli sanciti dalla Carta dei diritti UE (Nizza 2000), si afferma invece un principio di formale separazione delle sfere di efficacia¹¹⁰. I diritti in questione, infatti, risultano applicabili unicamente, "alle istituzioni e agli organi dell'UE nel rispetto del principio della sussidiarietà", oltre che agli atti (interni) attuativi dello stesso diritto sovranazionale (così espressamente sancisce l'art. 51 della stessa Carta).

Al riguardo, il Trattato di Lisbona¹¹¹, riconoscendo espressamente "i diritti, le libertà ed i principi" sanciti da tale Carta ha finito per conferirle

¹⁰⁸ Così ancora D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2015, p. 54.

¹⁰⁹ Cfr. ancora C. Pinelli, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit; per il versante tedesco, v. soprattutto M. Herdegen, *Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Relazione presentata al Convegno su: "I mutamenti costituzionali attraverso la giurisprudenza europea", (Cassino, 12 e 13 maggio 2016), paper.

¹¹⁰ Di un modello di separazione (Teilungsmodell) –in contrapposto al modello della stratificazione (Schichtungsmodell)- parla, con riguardo al rapporto tra diritti sovranazionali e diritti interni anche J. Masing, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2015, p. 477 ss., part. p. 480. Al riguardo, sembra invece manifestare una differente posizione, più favorevole ad una visione integrata del complesso dei diritti, D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2015, p. 53 ss.

¹¹¹ ...firmato nel dicembre del 2007 ed entrato in vigore il 1. dicembre 2009.

efficacia di diritto positivo con lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE); nel contempo, è stata anche formalizzata la previsione dell' adesione dell' Unione alla CEDU (art. 6) i cui contenuti, una volta operata l' adesione, entreranno a far parte del diritto comunitario insieme anche ai diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "in quanto principi generali" (secondo paragrafo dell'art. 6 TUE). In questo modo, prende sempre di più forma e consistenza effettiva l' "Europa dei diritti"¹¹².

Nonostante che la previsione dell' art. 51 della Carta UE ponga limiti più o meno ben delineati all' efficacia applicativa della stessa si è registrato da tempo un impiego effettivo di tale Carta quale "parametro generale" per il controllo di legittimità degli atti nazionali, operando così in modo "del tutto fungibile rispetto ai parametri costituzionali interni"¹¹³. Una siffatta tendenza, peraltro, la Corte costituzionale ha inteso arginare attraverso il richiamo, ad es., alla stretta attinenza tra efficacia regolatrice della Carta UE ed applicazione del diritto comunitario alla fattispecie in oggetto¹¹⁴.

Di contro, l'orientamento del giudice comunitario si è mosso, soprattutto in una prima fase, nel senso di ampliare il novero degli atti interni considerati

¹¹² Così ancora M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., p. 2 del *paper*. Ricordiamo, del resto, come in seguito a tale recepimento è intervenuta anche la decisione 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, con cui la Corte di giustizia, su richiesta della Corte suprema irlandese e della Corte costituzionale austriaca, operando alla stregua di un vero e proprio giudice costituzionale ha ritenuto illegittima e conseguentemente ha annullato l'intera direttiva 2006/24, per violazione dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, tutelati dalla Carta UE artt. 7 e 8.

¹¹³ Così, M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l' entrata in vigore del Trattato di Lisbona* -Relazione all' Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola- Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014, p. 5 del *paper*. Per una visione critica di tale impiego espansivo della Carta UE, v. anche A. Proelß, *Zur verfassungsrechtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der "ausbrechende Rechtsakt" in der Praxis des BVerfG*, in *EuR*, 2011, p. 241 ss., part. p. 244 ss.

¹¹⁴ Cfr., tra le altre, la sent. n. 210 del 2013 in tema di applicazione dell' art. 49 della Carta UE, dove la Corte ha ribadito l' esclusione dell' efficacia regolativa di tale previsione per fattispecie alle quali non risulti applicabile il diritto comunitario.

come applicativi del diritto dell' Unione, per i quali dunque si richiedeva l' osservanza (anche) della Carta UE ¹¹⁵.

In questo contesto prevale dunque una evidente incertezza sui confini relativi alla sfera di efficacia dei diritti comunitari, quantunque sul piano formale risulti ormai accantonato -almeno in principio- l'originario modello organizzativo delle sentenze *Solange* ¹¹⁶ di una competenza propria del giudice nazionale al sindacato sull'osservanza dei diritti fondamentali ad opera di atti del potere comunitario, come anche di una competenza sussidiaria dello Stato in assenza di un' adeguata tutela a livello sovranazionale. Il rischio, o la suggestione, che implica l'ipotesi di una generalizzazione della portata vincolante della Carta UE sta, in particolare, nella compressione eccessiva degli spazi di discrezionalità a disposizione del legislatore nella regolamentazione di materie contigue, in qualche modo, all' ordinamento comunitario¹¹⁷. Su questo piano, ad ogni modo, la Corte di Giustizia UE sembra avere di recente assunto una posizione più accondiscendente, riconoscendo l'esistenza di ambiti di scelta discrezionale a disposizione del legislatore nazionale quando la prescrizione della Carta UE si limiti a definire linee generali, bisognose di specificazione¹¹⁸.

8.3. Il determinarsi di un assetto così strutturato ripropone con un certo vigore la questione relativa alla più ampia tutela possibile accordata a diritti

¹¹⁵ E' nota, al riguardo, la decisione della Corte UE nel caso *Akernberg Fransson* del 26.2. 2013 (C – 617/10), in cui il giudice europeo ha ritenuto l' esistenza di una relazione funzionale tra la fattispecie sottoposta a giudizio ed il diritto dell' Unione, per la quale si legittimava la competenza dello stesso giudice a rendere ogni possibile elemento di interpretazione tale da consentire al giudice nazionale di poter compiere la valutazione della conformità dell' atto al principio del *ne bis in idem*, di cui all' art. 50 della Carta UE.

¹¹⁶ *Solange I*: BVerfGE 37, 271 (29.5.1974); *Solange II*: BVerfGE, 73, 399 (22.10.1986).

¹¹⁷ Si ricorda come la Corte UE in merito alla risoluzione Parlamento europeo c/ Consiglio UE (Rs. C- 540/03) aveva ribadito il vincolo degli Stati membri alla tutela dei diritti fondamentali europei –quali inferibili dalle norme generali dell' ordinamento comunitario- nell' attuazione di direttive comunitarie (sent. del 27.6.2006).

¹¹⁸ ...come recita testualmente la disposizione della Carta dei diritti fondamentali UE, incorporata nel trattato di Lisbona e, perciò, dotata di una piena efficacia giuridica all' interno dei singoli ordinamenti nazionali che hanno dato esecuzione a quest' ultimo.

fondamentali formalmente uguali nei diversi livelli considerati. Previsioni come quella del diritto alla vita¹¹⁹, o del diritto alla difesa davanti ad un giudice¹²⁰ o anche del diritto a contrarre matrimonio¹²¹, per citarne alcune, compaiono tanto nel catalogo nazionale quanto in quello convenzionale e della Carta UE lasciando per lo meno presumere l' esistenza di una certa simmetria funzionale, relativa al significato come alla portata, in particolare per ciò che concerne la determinazione della sfera materiale, della tutela relativa ai diritti in parola. Ciò, del resto, parrebbe trovare implicita conferma, con riguardo all' ordinamento comunitario, nella prescrizione dell' art. 52 c.3, della Carta dei diritti UE, che sancisce l' uguaglianza in termini di significato e portata garantista dei diritti della Carta con quelli previsti dalla Convenzione EDU, senza precludere in ogni caso una protezione più ampia di tali diritti da parte del diritto dell' Unione (ultimo alinea, art. 52 c. 3, Carta UE).

Il successivo art. 53 parrebbe alludere, invece, alla determinazione di uno "standard minimo" di tutela offerto dai diritti sanciti nella Carta UE rispetto a quello –in teoria anche maggiore- prestato dal diritto dell' Unione o dal diritto internazionale e, in particolare, dalla CEDU, come pure dalle Costituzioni degli Stati membri.

Nonostante la previsione dell' art. 53 Carta UE, geometrie variabili in merito alla consistenza della garanzia delineata all' interno dell' assetto multilivello per diritti dello stesso tenore letterale, possono comunque esistere, come dimostra anche la divergenza tra giurisprudenza costituzionale (tedesca) e giurisprudenza europea (Corte di Strasburgo) in merito all' interpretazione del diritto alla privacy nel caso "Carolina di Monaco" *.

¹¹⁹ ...che la Costituzione italiana tutela nel complesso dispositivo degli artt. 2,13,27,32 ma che è previsto anche dall' art. 2 CEDU, dall' art. 2 della Dichiarazione Universale ONU (1948) nonché dall' art. 2 della Carta UE.

¹²⁰ ...Art. 24,101,113 Cost., art. 13 CEDU, art. 8 Dich. Un., art. 47, Carta UE.

¹²¹ ...Art. 2,29,30 Cost., artt. 8 e 12 CEDU, art. 16 Dich. Un., artt. 7 e 9 , Carta UE.

Del resto, non mancano importanti decisioni con cui alcuni Tribunali costituzionali hanno sollevato questioni pregiudiziali, sul presupposto di una possibile differenziazione del livello di tutela garantito, rispettivamente, da diritti nazionali ed europei dello stesso tenore formale. Tra queste, è il caso-Melloni relativa all' esecuzione di un mandato di arresto europeo nei confronti di persona condannata *in absentia*, in relazione al quale il Tribunale costituzionale spagnolo asseriva, ex art. 53 Carta UE, l' esigenza dell' osservanza, nella fattispecie, dei diritti di difesa e del diritto ad un processo equo sanciti dall' art. 24 della Costituzione spagnola, in quanto in grado di offrire una tutela più estesa al condannato contumace *. La posizione di più netta chiusura mostrata della Corte di Giustizia in quella circostanza, (sentenza del 26.2.2013, C-399/11), basata sul primato del diritto dell' Unione, è risultata di recente edulcorata, in nome di una effettiva tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, attraverso un approccio più marcatamente votato alla maggiore garanzia dell' individuo ¹²². Nello specifico, la stessa Corte ha ammesso la possibilità per l' autorità giudiziaria dello Stato membro d' esecuzione, a determinate condizioni in presenza di un rischio concreto di violazione dell' art. 4 della Carta UE nello Stato emittente, di rinviare l' esecuzione del mandato d' arresto europeo¹²³.

Nell' ordine di idee di privilegiare la maggior tutela assicurata dai diritti fondamentali costituzionali vanno, inoltre, alcune sentenze del *Bundesverfassungsgericht* in tema di mandato di arresto europeo, in cui lo stesso giudice ha finito per attivare, in un caso, il cd. "controllo di identità"¹²⁴.

¹²² sentenza del 5 aprile 2016: cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

¹²³ Al riguardo, per un commento a tale decisione della Corte di Giustizia, v. G. Repetto, *Ancora su mandato d' arresto europeo e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in *Diritti comparati*, maggio 2016.

¹²⁴ Si tratta della sent. del II Senato del BVerfG, de 15. 12. 2015 (2BvR 2735/14); ma v. anche BvR 1860/15, per il caso di un cittadino tedesco la cui attività criminosa si era compiuta sul territorio tedesco, seppure gli effetti (omicidio) si fossero prodotti poi nello Stato emittente (Belgio).

Sul piano dottrinale, conferme circa la differente consistenza della garanzia dei diritti fondamentali offerta dai diversi livelli istituzionali provengono -con riferimento specifico all'ordinamento dell'Unione europea- da autorevoli Studiosi, come ad es. *Ferdinand Kirchhof*, che sottolinea come l'ambito materiale di tutela di diritti fondamentali anche dello stesso tenore testuale di diritti nazionali possa essere differente, come i motivi che ne legittimano eventuali limitazioni¹²⁵. D'altra parte si sottolinea come quelle concernenti i diritti fondamentali siano eminentemente "questioni politiche", attinenti al riconoscimento di questi ultimi come alla loro distribuzione nel contesto di una società civile¹²⁶. Pertanto, la portata di un diritto fondamentale va commisurata, in ultima analisi, con i valori e gli interessi, anche pubblici, contingenti e specifici del singolo ordinamento, ciò che conferisce ai singoli diritti una peculiarità in ragione del complessivo contesto normativo-istituzionale in cui sono collocati. In tal senso, essi costituiscono parte di un equilibrio complessivo a cui non resta estranea la considerazione dei compiti e fini del singolo ordinamento.

Quanto finora esposto sembra confermare in ultima analisi la problematica configurazione di un obiettivizzazione di paradigmi assiologici come l'"ottimizzazione" (*Optimierung*) dei diritti, a cui sopra si è fatto riferimento, la cui consistenza appare inevitabilmente condizionata dagli esiti non vincolati del bilanciamento di volta in volta effettuato dal giudice, in cui un ruolo di primo piano gioca la fattispecie concreta e gli interessi in essa confliggenti *. Se ciò è evidente nel citato caso Carolina di Monaco deciso, rispettivamente, dal Tribunale costituzionale federale, dalla Corte di Strasburgo con vedute tuttavia distanti in quanto attiene all'equilibrio –e dunque all'

¹²⁵ Al riguardo, in senso conforme, cfr. F. Kirchhof, *Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten*, in *EuR*, 2014, p. 267 ss.

¹²⁶ M. Mahlmann, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 472.

ottimizzazione- di diritti fondamentali concorrenti (diritto alla privacy, per un verso; diritto di cronaca, per altro verso) appare non meno evidente nelle citate sentenze *Melloni* e *Aranyosi* della Corte di Giustizia UE, nelle quali diritti fondamentali, come quello di difesa o il diritto ad un giudice equo, entrano in una combinazione dagli esiti variabili con il principio del primato del diritto dell'Unione.

Un altro esempio -per rimanere nell'attuale- può valere a chiarire meglio questa affermazione: la registrazione dei passeggeri dei voli (Pnr)¹²⁷ può rappresentare in un certo contesto storico-sociale un esempio di ottimizzazione del diritto all'informazione in funzione di sicurezza: ma tale misura se, approvata dal Consiglio, implica una violazione di diritti concorrenti e, per ciò stesso, è stata ritenuta dal Garante europeo della privacy non in linea con il principio di proporzionalità, tanto più se esso viene ad essere misurato come adeguatezza anche sul piano economico¹²⁸.

Tanto, va nella direzione di attenuare la consistenza obiettiva dell'imperativo di ottimizzazione anche in presenza del consolidamento, da parte della giurisprudenza, dell'impiego del principio di proporzionalità in senso stretto come standard di giudizio per la legittima limitazione di un diritto fondamentale. Ma, come opportunamente è stato rilevato, gli standard di giudizio dell'idoneità e dell'adeguatezza rispetto al fine perseguito, che

¹²⁷ Il Parlamento europeo ha approvato una nuova direttiva che regola l'utilizzo dei dati del codice di prenotazione, il controverso registro dei passeggeri aerei, (*Passenger name record: Pnr*), ai fini di prevenzione, accertamento, indagini e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi. In seguito a tale deliberazione, le compagnie aeree dovranno comunicare alle autorità i dati dei passeggeri per tutti i voli provenienti da Paesi terzi verso l'Unione Europea e viceversa. In seguito all'approvazione del Parlamento, la proposta passa ora all'esame del Consiglio e, se approvata, verrà pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Ue, dopo di che gli Stati membri avranno due anni di tempo per recepire la direttiva nella loro legislazione nazionale.

¹²⁸ Tale provvedimento è stato definito espressamente dal Garante come un "infortunio legislativo", in quanto "costosissimo" ed in contrasto con il principio di proporzionalità in senso stretto, più volte ribadito al riguardo, dalla Corte di Giustizia UE, giacché legittima una raccolta a tappeto dei dati e non mirata secondo elementi di ragionevole sospetto. Sempre secondo il Garante, l'esito di "troppe informazioni equivale a nessuna informazione".

insieme alla necessarietà integrano il parametro di proporzionalità impiegato dal giudice - tanto dalla Corte di Strasburgo¹²⁹ quanto dalla giurisprudenza costituzionale¹³⁰ e di merito- si mostrano connessi soprattutto alla dimensione pratica ed applicativa, meno dunque a quella teoretica, del diritto, perciò si modellano di volta in volta sulla realtà della fattispecie sottoposta a giudizio¹³¹.

Se poi si intende ricondurre funzionalmente l'idea di ottimizzazione al paradigma della Giustizia, intesa come parametro assiologico –non normativo- della Costituzione, l' apprezzamento circa la proporzionalità della misura limitativa adottata finirebbe in buona sostanza per ridondare in un giudizio di natura etica, in relazione alla quale il giudice mancherebbe di adeguata competenza.

Ragionevolmente, allora, anche la giurisprudenza costituzionale sembra rifuggire dall' idea di facili semplificazioni o giustapposizioni tra diritti dello stesso tenore riferendosi all' assetto multilivello come ad un "sistema di protezione ... complesso e articolato...", comprendente "tre fonti distinte: la Carta UE, la CEDU ed i "principi generali" includenti, a propria volta, tanto i diritti della Convenzione EDU quanto "quelli risultanti dalle tradizioni comuni" (sent. n. 80/2011).

¹²⁹ Cfr. in particolare la citata sentenza della Prima Sezione della CEDU (caso H. e altri c/ Austria del 1 aprile 2010) in cui la Corte precisa come il divieto assoluto di fecondazione eterologa possa essere legittimo soltanto se rappresenti "l' unico mezzo a disposizione del legislatore" per fronteggiare alcuni rischi provenienti dall' impiego delle nuove tecniche fecondative. Ma v. anche, con riguardo al diritto a contrarre matrimonio, CEDU, Prima Sez., Schalk e Kopf c. Austria del 24.6.2010.

¹³⁰ V. tra le altre la nota sent. "elettorale" n. 1/2014 e la (di poco successiva) sent. 162 del 2014 del giudice costituzionale, che ha censurato il divieto di fecondazione eterologa. La Corte nella circostanza precisa che il test di proporzionalità "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia *necessaria e idonea al conseguimento degli obiettivi* legittimamente perseguiti, in quanto, *tra le misure più appropriate*, prescriva quella *meno restrittiva dei diritti a confronto* e stabilisca *oneri non sproporzionati* rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (corsivi miei: n.d.r).

¹³¹ M. Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*, in *Der Staat*, 54 (2015), p. 469 ss., part. p. 482.

Nondimeno, la porosità tra modelli paralleli di tutela dei diritti fondamentali rappresenta una costante dell'esperienza che, sulla base dell'influsso recato dalla giurisprudenza europea –tanto della Corte di Strasburgo quanto di quella di Lussemburgo- sui giudici nazionali ha fatto registrare un sostanziale rimodellamento/adattamento di istituti dell'ordinamento nazionale. Emblematico, in tal senso, il caso della famiglia quale unione di affetti fondata sul matrimonio tra soggetti eterosessuali (art. 29 Cost.) e delle nuove unioni familiari che alla prima si affiancano come formazioni riconosciute dall'ordinamento nazionale in un quadro di pluralismo sociale. In questo progressivo percorso di concretizzazione della tutela prestata comunque dal diritto costituzionale anche a queste nuove realtà aggregative, un ruolo effettivamente rilevante ha svolto la configurazione del diritto alla vita privata e familiare, o il diritto a sposarsi, che la Convenzione EDU riconosce quali espressioni della libertà di autodeterminazione della coppia, a prescindere da ogni considerazione circa l'orientamento sessuale dei componenti l'unione affettiva¹³². Siffatta libertà include, tra l'altro, insieme al diritto "di stabilire e

¹³² Specifica in proposito la Corte di Strasburgo che il matrimonio, quale diritto individuale "appartenente al patrimonio giuridico costitutivo ed irrettrabile" di ogni singolo in quanto persona umana, espressione del più generale diritto all'autodeterminazione" non può essere limitato dal legislatore nazionale fino a minarne l'essenza. Pertanto, ogni soluzione che abbia come effetto quello di sancire un divieto assoluto di contrarre matrimonio (come accade, nell'ordinamento statale, per le coppie omosessuali) deve essere vagliata secondo uno scrutinio di proporzionalità in senso stretto, per apprezzarne la ragionevolezza intesa come necessarietà della soluzione adottata in relazione alla tutela di diritti e valori concorrenti. Ciò, peraltro, alla luce del fatto che il combinato disposto degli artt. 9 e 12 della Convenzione EDU si fonda sulla portata generica del concetto di "relazioni familiari", in cui può ricomprendersi allora ogni forma di stabile convivenza sociale senza alcun riguardo specifico alla natura etero- oppure omosessuale- dell'unione. Tale concetto si pone in sostituzione di quello, costituzionalmente tipizzato, di famiglia così che in base ad esso, la previsione di un divieto assoluto di contrarre matrimonio può giustificarsi unicamente se l'istanza di tutela di interessi concorrenti non possa essere assecondata attraverso altra soluzione adeguata (in tal senso, si manifesta evidente il contrasto con la linea tuziorista intrapresa, al riguardo, dal giudice costituzionale in materia) *.

sviluppare relazioni con altri esseri umani” anche quello “allo sviluppo della propria personalità”¹³³ senza ulteriori vincoli.

Vero è che i giudici di Strasburgo in mancanza di un indirizzo uniforme hanno ammesso l’ esistenza di spazi di discrezionalità in capo ai legislatori nazionali per la regolamentazione dell’ istituto matrimoniale. E’ un dato, tuttavia, che la giurisprudenza di merito abbia finito per ritenere legittimo, sulla scorta dell’ orientamento giurisprudenziale europeo, l’ esistenza nell’ ordinamento interno di altre formazioni di tipo familiare connotate da elementi tipizzanti che prescindono dalla diversità sessuale dei coniugi (natura affettiva del vincolo, stabilità dello stesso, etc.). Tale condizione ha finito per limitare le prerogative specifiche della famiglia ex art. 29 Cost., soprattutto ha concorso ad estendere al pluralismo delle stabili unioni fondate sul vincolo dell’ *affectio*, una serie di diritti e vincoli giuridici un tempo proprie ed esclusive della famiglia in senso costituzionale¹³⁴.

L’ esistenza delle reciproche porosità ed interferenze tra i diversi complessi di diritti ritrae, a ben vedere, gli esiti di un “dialogo” piuttosto fecondo che coinvolge in primo luogo, ma non esclusivamente, i giudici che all’ interno del singolo sistema provvedono ad interpretare ed applicare i diritti fondamentali. Come si vedrà tale dialogo costituisce un metodo pratico per

¹³³ Si veda, tra le tante, sent. della Corte Europea dei diritti dell’Uomo del 3 novembre 2011 - Grande Camera - Ricorso 57813/00 - S.H/ e altri c. Austria.

¹³⁴ Il giudice della nomofilachia ribadisce, ancora, come nel sistema costituzionale dei diritti nazionali, integrato con il complesso dalle previsioni recate dalla Carta EDU, rientri anche il “diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all’identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo”, il “diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale”; il “diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto alle altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio” e, in fine, il diritto del coniuge di scegliere se continuare o meno la relazione coniugale esistente. Tra l’ altro, la struttura generica della prescrizione di cui all’ art. 29 Cost., oltre che la portata non decisiva che il carattere dell’eterosessualità va assumendo nella qualificazione giuridica delle relazioni di coppia e, così, nella titolarità dei diritti corrispondenti (es., adozione) renderebbero costituzionalmente praticabile la via dell’ estensione del rapporto matrimoniale alle coppie omosessuali.

procedere sulla via della progressiva uniformazione delle tutele con l'obiettivo comune di assecondare una visione organica dei diritti fondamentali, senza ignorare le specificità culturali del singolo sistema.

PARTE IV: INCOMPIUTEZZA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E PROBLEMATICHE DI ATTUAZIONE.

9. La dimensione dogmatico-metodologica nella determinazione della portata garantista dei diritti fondamentali.

Nell'esperienza di sindacato dei giudici sulla violazione di diritti fondamentali, sembra prevalere, sulla scorta della dogmatica prevalente, il ricorso allo schema tripode basato, specificatamente, sulla determinazione dell'ambito materiale della garanzia¹³⁵, sulla portata dell'ingerenza nella sfera di tutela del diritto e sulla verifica delle cause che possono giustificare o meno una siffatta ingerenza¹³⁶. Tale schema può ritrovarsi, ad es., anche nella recente decisione con cui la Corte costituzionale ha censurato la legge regionale lombarda che prevedeva requisiti diversi, secondo le differenti confessioni, per la costruzione degli edifici di culto (sent. 63/2016). Nella specie, il giudice ha provveduto innanzitutto a specificare la sfera materiale, oggettiva e soggettiva, della libertà di religione, ricomprendendo in essa il libero esercizio del culto riconosciuto agli individui, oltre che a tutte le confessioni religiose, senza distinguere, in quest'ultimo caso, in ragione della stipula o meno di un'intesa con lo Stato (punto 4.1. del "Considerato in diritto"). Inoltre, nella sfera

¹³⁵ ...che può a propria volta distinguersi in uno spazio "oggettivo" o materiale in senso stretto, riguardante la verifica se un determinato oggetto ricada o meno nella sfera di tutela del diritto fondamentale in questione; e in una dimensione "soggettiva", vale a dire inerente la titolarità del diritto in questione: al riguardo, v. tra gli altri, G. Manssen, *Grundrechte*, Muenchen, 2000, p. 7.

¹³⁶ *Idem*.

costituzionale della garanzia rientra anche l' apertura dei luoghi di culto in quanto "forma essenziale e condizione per il pubblico esercizio" del culto stesso, che, così, non può risultare "condizionato a una previa regolazione pattizia" (punto 4.1. del "Considerato in diritto").

Si registra peraltro, soprattutto nell' esperienza giurisprudenziale di altri ordinamenti europei un' attenuazione dell' impiego di tale schema in ragione dell' esigenza di escludere, dalla sfera materiale, alcune condotte ritenute a quest' ultima esterne ed estranee. In tale direzione, allora, la determinazione del valore della garanzia - come accade, ad es., nella nota sentenza-Sprayer di Zurigo del Tribunale costituzionale federale tedesco- rappresenta un metodo di distinzione dello spazio materiale, a cui l' oggetto del diritto può in astratto riferirsi, rispetto alle condotte effettivamente coperte dalla tutela costituzionale¹³⁷. In buona sostanza, rileva, al riguardo, il dato contingente di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi concorrenti, in principio riconducibili ad un parametro costituzionale di garanzia che spinge il giudice ad argomentare sulla portata effettiva del diritto fondamentale.

Ad ogni modo scontata l' inesistenza di veri e propri diritti assoluti, vale a dire emancipati da ogni vincolo di contenuto, va notato come nel discorso sul metodo di giudizio un' incidenza non marginale assume anche il richiamo ai limiti immanenti, non espressamente statuiti nella singola prescrizione ma enucleabili dal complesso di compiti e fini dello Stato *. Tipico, il caso del limite dell' ordine pubblico o della sicurezza in grado di sostenere misure restrittive di diritti fondamentali nel quadro della lotta al terrorismo interno o

¹³⁷ Sul parametro del Gewährleistungsgehalt cfr. innanzitutto R. Wahl, *Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem: Freiburger Universitätsblätter* 95 (1987), p. 19 ss., part. p. 29 ss.; E.-W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 42, p. 165 ss.; W. Kahl, *Neuere Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik*, in *AöR* 131 (2006), p. 579 ss., part. p. 605 ss.; da ultimo, sul caso Sprayer di Zurigo, v. in particolare B. Rustenberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Tübingen, 2009, p. 97 ss.

internazionale, soprattutto assecondando una strategia della prevenzione¹³⁸. Un discorso analogo può farsi per la lotta alla corruzione amministrativa, condotta oggi sempre di più sul versante della prevenzione attraverso scelte legislative che tendono a bilanciare il perseguimento di un interesse generale con la tutela di diritti fondamentali individuali, quale, ad es., il diritto alla riservatezza dei dati personali.

Non mancano casi giurisprudenziali, in fine, in cui si fa riferimento ad interessi generali ancora “inediti” (es., pace ed integrazione scolastica) * al fine di giustificare limitazioni di diritti fondamentali.

A risultare rilevante, in questo modo di procedere, non è tanto la dimensione dell’ ambito materiale quanto, soprattutto, le cause di giustificazione dell’ intervento limitativo posto in essere dal legislatore.

10. *La dimensione garantista: diritti a tutela immediata, diritti neutri, diritti di creazione legislativa.*

Un altro punto problematico, nell’ analisi che si va qui svolgendo, attiene alla effettività della portata garantista dei diritti fondamentali, non soltanto per il versante, del resto già considerato, dei diritti quali regole di principio (o non-norme, nel senso sopra riferito) ma soprattutto per il versante dei diritti fondamentali incompiuti. In essi, si fanno rientrare tanto diritti come la libertà dell’ arte, o il diritto alla cultura, che non trovano immediatamente nella formula costituzionale una precisa ed univoca consistenza sostanziale -non ogni opera dell’ ingegno infatti può identificarsi come “arte” e non ogni condizione di conoscenza può intendersi come “cultura”; quanto diritti –come quello di

¹³⁸ Una efficace strategia della prevenzione, ad es., può comportare sovente un’ anticipazione della soglia di compressione di alcuni diritti fondamentali rispetto alla sussistenza di un vero e proprio stato di pericolo. Sul punto, per gli ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il richiamo a V. Baldini, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Torino, 2004.

difesa, il diritto al giusto processo, oltre a diritti nuovi come quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche, o il diritto all'autodeterminazione in materia di fine-vita(v. caso Welby)- che abbisognano necessariamente di una disciplina attuativa di tipo procedimentale (o procedurale in senso stretto). Lo stesso vale per il diritto all'obiezione di coscienza in relazione, ad es., alla determinazione dei soggetti legittimati al suo esercizio¹³⁹ nonché dei presupposti oggettivi e soggettivi (in quali casi e da parte di chi) che ne legittimano l'esercizio, insieme ad un bilanciamento con i diritti concorrenti (fecondazione medicalmente assistita, interruzione di gravidanza, etc.).

Pertanto si rende indispensabile, in tali casi, l'intervento attuativo del legislatore in carenza del quale la tutela costituzionale finirebbe per rimanere priva di effettività. L'assoluta rilevanza della previa regolamentazione legislativa parrebbe, anzi, rilanciare l'intuizione di *Walter Leisner* sulla "legittimità (legislativa) della Costituzione" che implica inevitabilmente un rimodellamento del principio, tipico degli assetti a Costituzione rigida, della "costituzionalità della legge"¹⁴⁰.

L'auspicata regolamentazione mirata a conferire una completezza espressiva a diritti strutturalmente incompiuti, si presenta verosimilmente con i caratteri della soluzione costituzionalmente obbligatoria, quando non della disciplina a contenuto costituzionalmente vincolato. Sembra sia questo il caso, ad es., della recente legge sulle unioni civili, più volte sollecitata dal giudice costituzionale, come della regolamentazione che verrà in tema di diritto all'autodeterminazione in tema di fine-vita (testamento biologico) o, ancora, in tema di identità biologica. Si tratta, in questi casi, di discipline attuative

¹³⁹ È recente, ad es., l'affermazione che i Sindaci non potrebbero esercitare alcuna obiezione di coscienza nella trascrizioni delle unioni di fatto o delle unioni civili omosessuali, secondo la previsione della nuova legge.

¹⁴⁰ W. Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964, *passim*.

necessarie a conferire effettività a diritti fondamentali (es., diritto alla vita privata e familiare, ex art. 117 c. 1 Cost.; diritto all' autodeterminazione: art. 2 e 36 Cost.) per cui la legge viene a configurarsi come un tassello decisivo nelle dinamiche di realizzazione e sviluppo di tali diritti, manifestando per ciò una peculiare forza passiva, insuscettibile di abrogazione pura e semplice*.

D' altro canto, il nodo più impegnativo riguarda la carenza di una siffatta legislazione che pertanto ancora l' effettività del diritto in parola alla sola previsione costituzionale. La questione, a ben vedere, investe soprattutto il rispetto del vincolo imposto dalla Costituzione al giudice –come agli altri poteri dello Stato- di prestare osservanza immediata ai diritti fondamentali, che lo impegna senz' altro nello sforzo di ricercare un percorso esegetico plausibile per rendere concreto, quanto meno in relazione al caso di specie, il diritto fondamentale invocato dalle parti, a partire dal ricorso ai criteri di interpretazione analogica, sistematica e storico-evolutiva. Non è questa la sede per disquisire sulla congruità giuridica del metodo posto in essere dall' autorità giudicante attraverso cui si arriva alla decisione sulla pretesa di parte alla tutela di un diritto fondamentale. Più suscettibile di controllo può essere, al massimo, la natura razionale delle argomentazioni poste il capo dal giudice per motivare quella decisione, almeno nella misura in cui il difetto di una razionalità espositiva risulti all' evidenza.

Vale la pena, ad ogni modo, di segnalare come ipotesi siffatte evidenziano, o confermano, un dinamismo intrinseco all' assetto organizzativo dello Stato di diritto, nel quale sovente le attribuzioni politiche del legislatore ordinario e quelle tecnico-pratiche del giudice (comune) finiscono per intrecciarsi giungendo a manifestare interferenze e influenze reciproche. Naturalmente, tale influenze si rendono senz' altro più manifeste quando la legge è tenuta a recepire gli orientamenti consolidati della giurisprudenza

costituzionale, assecondando eventuali riconoscimenti di pretese giuridiche soggettive integrate nella sfera materiale di diritti fondamentali.

10.2. In parte diverso da quella ora esaminato è, invece, il versante dei cd. diritti di creazione legislativa in quanto esplicitati essenzialmente dai contenuti della legge ordinaria. Nel novero possono farsi rientrare, ad es., i diritti del consumatore (oggi condensati nel codice del consumo: d.lgvo 6 settembre 2005, n. 206) il diritto del disabile all'istruzione ed all'integrazione scolastica (l. n. 104/1992); o, ancora, il diritto alla trasparenza ed alla cd. accessibilità totale (accesso civico) di cui alla l. n. 190/2012 ed al d.lg.vo n. 33/2013; o anche il diritto di adozione (ex l. n. 184/83, successivamente modificata con la l. n. 149/01). Si tratta, in generale, dell'attribuzione di pretese giuridiche soggettive connesse, rispettivamente, al rapporto tra P.A. e cittadino (legge anticorruzione) o alla più generale disciplina della filiazione, le quali tendono a trovare un qualche ancoramento nelle generali prescrizioni attinenti a diritti costituzionali (artt. 1, 2, 97, 29, 30, 113 Cost.) oltre che in prescrizioni della Convenzione EDU, come è accaduto ad es. per il diritto all'integrazione scolastica che la Corte costituzionale ha riconosciuto come "diritto fondamentale"¹⁴¹. In questa veste, tali diritti possono intendersi verosimilmente come prerogative integrate nella sfera materiale della garanzia di diritti classici, anche nell'ottica di uno sviluppo dinamico a cui sembra aprirsi la Costituzione italiana in ragione, tra l'altro, del dettato dell'art. 2 Cost..

Nondimeno, il riconoscimento a tali pretese giuridiche soggettive della condizione di (diritti) fondamentali non sembra del tutto alieno da conseguenze problematiche per certi aspetti simmetriche e speculari a quelle inerenti i cd. diritti incompiuti, di cui si è detto. Se a quest'ultimo riguardo si rende pressante l'intervento del legislatore come condizione per l'effettività del

¹⁴¹ Corte cost., sent. n. 80/2010, Punto 4 del "Considerato in diritto".

diritto fondamentale, nel caso dei cd. “diritti legislativi” il legislatore opera come interprete innovativo di tali diritti, in particolare generando nuove istanze che vengono attratte nella sfera dei diritti fondamentali, ricevendo in questo modo una piena copertura costituzionale. In un caso come nell’ altro, dunque, l’ effettività (nonché, in quest’ultima ipotesi, la configurazione stessa) della pretesa sembra connettersi in modo essenziale alla volontà legislativa seppure, quantunque per i “diritti legislativi”, la norma costituzionale sembra porre piuttosto il presupposto di legittimazione della creazione legislativa.

Le problematiche tendono a divergere, rispetto all’ ipotesi esposta per prima, allorquando si consideri la natura giuridica –rinforzata o meno- della legge creatrice di questi diritti, in quanto riconducendola al novero delle leggi costituzionalmente necessarie si produrrebbe, anche in tal caso, quell’ effetto di irrigidimento della normativa che porterebbe ad un progressivo ampliamento con corrispondente cristallizzazione del sistema così strutturato di diritti fondamentali. Di contro, l’ orientamento più aperturista non esclude la possibilità di una futura abrogazione dei nuovi diritti legislativi, disposta dallo stesso organo di rappresentanza democratica in ragione del mutamento della linea di indirizzo politico (ad es., sollevandosi per il futuro la P.A. dall’ adempimento degli oneri organizzativi funzionali all’ esercizio del diritto di accesso).

Tale orientamento, senza in ogni caso arrivare a pregiudicare l’ intangibilità del contenuto essenziale di diritti fondamentali, arriva ad ammettere allora la contingenza di pretese giuridiche non integranti un siffatto contenuto essenziale, che perciò rimarrebbero nella disponibilità del legislatore ordinario.

Si tratta, certo, di una prospettazione che presta il fianco a perplessità, a partire dalla mancanza di criteri obiettivi con cui determinare i contenuti essenziali della garanzia. Nondimeno, essa si lascia forse preferire anche in

ragione dell' intento di scongiurare un' ipertrofia irreversibile di tali diritti che finirebbe, in ultima analisi per contenere eccessivamente l' esercizio della discrezionalità legislativa entro spazi interstiziali, quelli che residuano dalle maglie strette del sistema dei diritti. Insomma, quel che si è detto avanti con riguardo all' estensione dell' ambito applicativo dei diritti comunitari può valere, *mutatis mutandis*, anche in questo caso.

11. Conclusioni: i diritti fondamentali e il "Menschenbild" costituzionale.

Formulare delle conclusioni all' esito dell' analisi finora operata appare un compito nient' affatto agevole. Teoria e dogmatica sembrano comporsi in modo spesso casuale e contingente nell' esperienza applicativa dei diritti fondamentali, evidenziando un quadro fortemente magmatico, attraversato da tensioni e dinamismi che investono, principalmente, tre livelli di interesse: quello sistemico, quello metodologico, in fine quello sostanziale.

Sul primo livello, e accantonato da tempo il "mito" della indisponibilità della Costituzione come ordinamento normativo¹⁴², deve convenirsi con *Alessandro Pace* che il problema dell' integrazione sistemica, in particolare nella configurazione dei diritti come "*Law in action*"¹⁴³ è, essenzialmente, un problema di metodo interpretativo, che chiama in causa, su versanti diversi e concorrenti, dottrina e giurisprudenza, non solo nazionale. Si è visto come siffatta integrazione proceda seguendo oscillazioni irregolari, a volte andando nella direzione di premiare l' esegesi ed il metodo interpretativo del giudice europeo per favorire un criterio di uniformazione delle tutele; altre volte, invece, l' oscillazione ha inteso valorizzare il versante interno contenendo, di

¹⁴² Conforme, U. Volkmann, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, cit., p. 88.

¹⁴³ Al riguardo, con generale riferimento alla Costituzione, v. M. Morlok, *Soziologie der Verfassung*, Tübingen, 2014, p. 13.

contro, lo slancio uniformatore in nome dell'esigenza di preservare l' equilibrio degli interessi complessivi generali interni inscindibilmente connessi all' identità costituzionale del singolo Stato. In questo senso, peraltro, la forza dei diritti fondamentali nazionali ha finito per fare premio, a volte, sul primato del diritto dell' Unione anche nell' orientamento del giudice comunitario.

Appare evidente che, in un assetto multilivello, la tutela dei diritti fondamentali si manifesti con caratteristiche di flessibilità sostenibile in quanto misurata su dinamiche tensioni tra istanze stataliste che giungono, solo a volte, ad investire la tenuta dell' unità giuridica e politica dello Stato o le ragioni della sua stessa esistenza; e istanze europeiste, che coltivano il progetto di un assetto unitario nel quale i diritti fondamentali assumano un significato uniforme sullo spazio territoriale sovranazionale.

Si tratta di un equilibrio che fisiologicamente sfugge ad ogni tentativo di una più chiara irregimentazione ma nel quale può apprezzarsi, in generale, l' esito positivo di un processo costante di reciproco apprendimento¹⁴⁴ tra gli attori del dialogo costituzionale, soprattutto giudici, interni ed europei, ma anche la dottrina, come si è detto, attraverso il confronto comparatistico.

L' approdo ultimo di un tale dialogo può forse scorgersi nella costruzione di un diritto costituzionale transnazionale, di cui un sistema omogeneo di diritti fondamentali rappresenta la struttura e, al tempo stesso, la condizione indefettibile, mirato all' inclusione¹⁴⁵, nella prospettiva della creazione di una nuova coesione sociale. Un chiaro sintomo di tale linea di sviluppo si rinviene, del resto, nell' effetto di *"internazionalizzazione del diritto costituzionale"* e, corrispettivamente, di *"costituzionalizzazione del diritto*

¹⁴⁴ Su tale processo, v. in particolare A. Voßkuhle, A., *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, p. 1, part. p. 4. Sia inoltre consentito il rinvio a V. Baldini, *Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialoges vor dem Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts* (Relazione presentata al Seminario sul tema: „*Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialogs*“ – Berlino, Friedrich Ebert Stiftung, 15.-17. Juli 2015), in *JöR* 2016 (in corso di stampa).

¹⁴⁵ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, p. 413 ss.

*internazionale*¹⁴⁶ da tempo in atto, attraverso cui avanza tra l'altro l'esperienza di un universalismo pratico dei diritti umani, di cui si è già detto. In questo contesto nient' affatto statico, l'esortazione alla "riunificazione" dei diritti fondamentali¹⁴⁷ può cogliersi anche come riflesso di un' esigenza, quella alla uniformazione e stabilizzazione del quadro delle tutele giuridiche nei diversi ordinamenti europei.

E' ben noto, peraltro, che il dialogo in parola incontra resistenze e produce reazioni negative in chi, anche a livello dottrinale, ne contesta un impiego generalizzato e sempre produttivo¹⁴⁸. Si tratta, in buona sostanza, di posizioni dottrinali più rigorosamente votate alla difesa della sovranità e dell'identità costituzionale dello Stato inteso come un limite assoluto all'avanzare del processo di costruzione di un' identità costituzionale europea. Ma a seguire questa direzione, finirebbero per avvizzirsi, fino poi a venire meno, le ragioni del dialogo e del reciproco apprendimento che rappresentano un po' il volano di un rimodellamento ordinamentale interno. Riuscirebbe, così, inevitabilmente compromesso l'approdo ultimo alla costruzione di un nuovo assetto organizzativo comune.

A tanto si oppongono –per fortuna, potrebbe dirsi- le dinamiche dell'esperienza che, nel complesso, segnano i tratti di una *Wandelverfassung*¹⁴⁹ attraverso cui progressivamente approdare al nuovo ordine e ad una coesione sociale rinnovata, presupposti essenzialmente per prefigurare un assetto

¹⁴⁶ Per tutti, cfr. B. Otto-Bryde, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in *Der Staat*, 42 (2003), p. 61 ss. A. Voßkuhle, A., *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, S. 1, besonders S. 4.

¹⁴⁷ D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *JZ*, 2015, p. 53 ss.

¹⁴⁸ C. Hillgruber, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland*, in *JöR*, 2015, 367 ss. che contesta tra l'altro l'identità di significati delle medesime categorie (Democrazia, Stato di diritto) nei diversi ordinamenti statali (p.373) e, più in generale, la possibilità di impiego del metodo comparatistico (p. 385 ss.).

¹⁴⁹ H. P. Ipsen, *Die Verfassungsrolle des europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983, p. 29 ss., part. p. 50.

istituzionale europeo imperniato effettivamente su una base democratica che, attraverso l' esercizio di potere costituente, decida la creazione di una istituzione europea sovrana.