

## AVVERTENZA

Questo volumetto non sostituisce il manuale di diritto costituzionale (o di istituzioni di diritto pubblico), ma si affianca ad esso, per mettere lo studente in condizione di approfondire temi che fuoriescono dall'orizzonte tematico della manualistica corrente, o vengono da essa trattati con minore attenzione alla dimensione sistematica della disciplina.

Attesa la sua funzione integrativa, in esso si è in genere omessa l'analitica descrizione degli istituti considerati, essendosi preferito porre l'accento sulle loro radici storiche e sul significato che essi assumono nell'ordinamento complessivo.

In considerazione della destinazione universitaria di questi *Approfondimenti*, si è ritenuto, comunque, opportuno inserire, a conclusione dei singoli capitoli in cui essi si articolano, delle note bibliografiche, compilate, peraltro, con criteri di estrema sobrietà. In esse si è, per lo più, limitata l'attenzione ai lavori in lingua italiana e si sono selezionati i contributi – a giudizio dell'autore – più utili per l'ulteriore approfondimento dei temi trattati (o più direttamente utilizzati nel corso della trattazione).

Anche i riferimenti giurisprudenziali sono stati effettuati in termini di assoluta sinteticità e senza indicare i periodici nei quali le sentenze menzionate sono reperibili. Quanto alle decisioni della Corte costituzionale, è sufficiente qui segnalare che esse sono tutte pubblicate, oltre che nella *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, *I serie speciale*, nella rivista *Giurisprudenza costituzionale*, raccomandabile anche per le note reda-

zionali e per i commenti dottrinali. Esse sono anche reperibili in riviste giurisprudenziali a carattere generale, come – ad esempio – *Il foro italiano* e *La giurisprudenza italiana*, e sono gratuitamente accessibili in via telematica nel sito *web* della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) e nella rivista *Consulta online* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), che mette a disposizione anche note di commento e *link* a note pubblicate in siti diversi.

# CAPITOLO I

## COSTITUZIONALISMO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Le radici. – 2. Il cammino dei diritti nella sistematica dei documenti costituzionali. – 3. Il rapporto «costitutivo» tra la Costituzione ed i diritti fondamentali. – 3.1. Le tecniche giuridiche. – 3.1.1. La «copertura organizzativa» dei diritti fondamentali. – 3.1.2. La superiorità della Costituzione. – 3.1.3. L'autosufficienza del riconoscimento dei diritti di libertà. – 4. L'avvento dei diritti sociali e la modificata percezione della Costituzione. – 5. L'internazionalizzazione della tutela dei diritti umani e le sue incidenze costituzionali. – Nota bibliografica.

### 1. *Le radici*

Estremamente incerto è il momento in cui ha avuto inizio il costituzionalismo. Ci si riferisce al momento nel quale la metafora naturalistica evocata dalla parola «costituzione» ha perduto il suo originario significato *descrittivo*, per assumere un significato *prescrittivo*: non designando più – come avveniva in precedenza (ad esempio, in Montesquieu, quando parlava della «costituzione d'Inghilterra») – un dato della realtà, analogo al clima, alle particolarità morfologiche di un territorio od alla religione dei suoi abitanti, ma un atto normativo con certe caratteristiche tipiche.

Vero è che gode di un consenso piuttosto diffuso l'opinio-

ne secondo cui il primo atto con tali caratteristiche sarebbe costituito dall'*Instrument of Government* adottato da Oliver Cromwell nel 1653. Il quale, peraltro, non solo ebbe vita estremamente breve, ma non esercitò un'apprezzabile influenza sulla successiva storia costituzionale inglese.

Si tratta, tuttavia, di un'opinione non pacifica.

Vi è, infatti, chi colloca l'inizio più indietro nel tempo – esattamente 14 anni prima (nel 1639) –, individuando il primo documento costituzionale in senso moderno nei *Fundamental Orders* del Connecticut, elaborati dal gruppo di coloni, che tra il 1635 ed il 1636 si trasferirono dalla baia del Massachusetts alla valle del Connecticut, dove fondarono le città di Windsor, Hartford e Wethersfield.

Non mancano, infine, ulteriori ipotesi di retrodatazione, le quali chiamano in causa le *Royal Charters* con cui la Corona britannica autorizzava la fondazione di colonie nel Nuovo mondo e disciplinava l'esercizio del potere nelle colonie stesse, come la *Maryland Charter* del 1632 o – ancora prima – la *Virginia Charter* del 1606.

La disputa che si è brevemente ricordata conferma quanto s'è detto in apertura: che le svolte storiche – e il costituzionalismo fu una grande svolta storica – non nascono all'improvviso, ma costituiscono il frutto di processi di preparazione, più o meno lunghi. E che i momenti con i quali vengono convenzionalmente identificate non sono separati da rigide cesure da quelli che li hanno preceduti.

Con riferimento al nostro tema, va – ad esempio – sottolineato che le *Royal Charters* appena ricordate trovavano il proprio – sia pur parziale – precedente nelle Carte feudali con cui il Re od il feudatario procedeva ad attribuzioni di terre. (Si parla di precedente soltanto parziale, poiché tali Carte – a differenza di quelle nord-americane – avevano il contenuto di *grants of land*, non anche quello di *Instrument of Government*: attribuivano, cioè, diritti sul territorio, ma non disciplinavano l'esercizio del potere su questo).

Non può, infine, sottacersi che, per la materia dei diritti fondamentali, il percorso a ritroso può spingersi sino alla *Magna Charta* del 1215.

## 2. *Il cammino dei diritti nella sistematica dei documenti costituzionali*

Tutto ciò premesso, non è contestabile che il fenomeno abbia raggiunto il punto di non ritorno a fine '700. Ed abbia trovato il suo punto di non ritorno nelle due grandi rivoluzioni di quel periodo: la rivoluzione americana e la rivoluzione francese. Alle quali si deve la nascita di due documenti fondamentali per la storia del costituzionalismo: la Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 e la Costituzione francese del 1791.

Non è – d'altra parte – un caso che comunemente si faccia coincidere con questi eventi la nascita dello *Stato moderno*. Il quale è così intrinsecamente compenetrato con la Costituzione, da essere frequentemente definito *Stato costituzionale*.

Un altro punto non controverso è rappresentato dal riconoscimento che le costituzioni moderne (ed il costituzionalismo: il movimento che ha presieduto alla loro diffusione) intrattengono un *rapporto costitutivo* con i diritti fondamentali: traendo proprio dall'esigenza di tutelare questi ultimi la loro più profonda ragion d'essere.

In relazione a questo punto va, tuttavia, segnalato un paradosso. Ci si riferisce alla circostanza che le due costituzioni appena ricordate contenevano una disciplina eminentemente organizzativa: si occupavano, cioè, più del potere sovrano che dei diritti da far valere nei confronti di esso.

Si tratta, però, di un paradosso apparente.

Non tanto – si badi – perché in una delle due Costituzioni appena ricordate la disciplina dei diritti non fosse del tutto assente. Ci si riferisce alla Costituzione francese del 1791, il cui

art. 1 del Titolo I, contemplava la libertà personale, la libertà di circolazione, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di riunione.

Non deve infatti dimenticarsi che in entrambi gli ordinamenti discipline scritte dei diritti fondamentali, quand'anche non formalmente inserite nel testo della Costituzione, erano contenute in documenti costituzionali che, in qualche modo, facevano corpo con esso.

In Francia questa funzione era adempiuta dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: un documento, la cui distinzione dalla costituzione vera e propria affondava le sue radici in premesse scopertamente giusnaturalistiche.

Accogliendo il presupposto che i diritti e le libertà spettino all'uomo in virtù del diritto di natura, poteva, infatti, sostenersi che la loro eventuale disciplina costituzionale ne avrebbe indebolito lo statuto: i diritti *creati* dalla Costituzione, potendo essere da questa modificati o revocati. Onde la conclusione che, in questa materia, fosse opportuno che lo Stato si limitasse al *riconoscimento* di diritti preesistenti, mediante una sorta di catalogo – una «dichiarazione», appunto – provvisto di valore, non già *costitutivo*, ma meramente *ricognitivo*.

Può non essere inutile segnalare di passaggio che in Francia questa sensibilità giusnaturalistica si è rivelata un elemento persistente, come confermano – per limitare l'attenzione ai documenti costituzionali più recenti – i preamboli alle Costituzioni del 1946 e del 1958. Nel secondo – che è quello vigente – si legge che «il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo ed ai principi della sovranità nazionale così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per completare il quadro, è il caso di aggiungere che, sin dall'inizio, alla Dichiarazione del 1789 si è riconosciuta una portata giuridicamente impegnativa. Il preambolo di tale atto, infatti, chiariva che la funzione dello stesso non

Per l'esperienza nordamericana, il discorso è parzialmente diverso.

Non per l'assenza di «motivi» giusnaturalistici analoghi a quelli di cui s'è appena detto. Si pensi – ad esempio – alla dottrina di Alexander Hamilton, illustrata ne *Il Federalista* (al n. 84), laddove si sottolinea la *pericolosità* della disciplina costituzionale dei diritti. La quale muoverebbe dall'implicito presupposto che allo Stato spettino poteri in tale ambito: il divieto di censura – per riprendere l'esempio addotto da Hamilton – postulando logicamente un potere statale corrispondente. Di qui l'idea che il massimo di garanzia fosse rappresentato dal silenzio della costituzione sul punto. Il quale avrebbe escluso in radice ogni pretesa di competenza dei pubblici poteri in questo campo.

Ciò che faceva la differenza tra l'impostazione nord-americana e l'impostazione francese era la struttura dello Stato fondato dalla Costituzione del 1787. Che non era uno Stato unitario centralizzato, ma uno Stato federale: uno Stato, cioè, composto – a propria volta – da Stati (*infra*, cap. IV, par. 3). Nella specie, infatti, tali Stati – le 13 ex colonie emancipatesi dalla madrepatria inglese a seguito della guerra d'indipendenza – non solo si erano precedentemente dotati di costituzioni, ma avevano in tali atti dettato discipline molto articolate dei diritti fondamentali. Tra il 1776 ed il 1784, infatti, otto Stati su tredici avevano adottato la propria carta costituzionale, disciplinando i diritti con norme fortemente anticipatrici delle discipline costituzionali successive. Si pensi – ad esempio – che nella Costituzione del North Carolina del 1776 era contenuta una disciplina del «giusto processo» provvista di impressionanti punti di contatto con quella che sarebbe stata introdotta nella

---

fosse soltanto quella di «ricordare senza posa ai membri del corpo sociale i loro diritti», ma anche – si badi – quella di «consentire che gli atti del potere legislativo e gli atti del potere esecutivo fossero in ogni istante raffrontati a questi».

Costituzione italiana nel 1999, in sede di revisione dell'art. 111. Ci si riferisce alla norma in forza della quale: «in ogni processo penale, ciascuno ha diritto di essere informato dell'accusa contro di lui e di mettere a confronto gli accusatori ed i testimoni con altri testimoni»<sup>2</sup>.

L'esistenza di discipline costituzionali locali ha contribuito al consolidamento dell'idea che, in un ordinamento federale, la materia dei diritti fosse una materia *riservata* alle Costituzioni degli Stati membri; e, quindi, sottratta alla Costituzione federale. Onde – tra l'altro – la configurazione di quest'ultima come Costituzione parziale (*Teilverfassung*, secondo la terminologia tedesca), destinata a combinarsi con le Costituzioni locali. E destinata, quindi, a dar vita – in virtù appunto di tale combinazione sistematica – ad una disciplina costituzionale completa (risultante dalla somma tra i due livelli costituzionali): una disciplina che copriva anche la materia dei diritti (sul punto, *infra*, cap. IV, par. 11.3).

Tale impostazione ha influenzato profondamente anche il costituzionalismo federale europeo. Come confermano le Costituzioni federali svizzere del 1848 e del 1874 e le due costituzioni federali tedesche del 1867 e del 1871, che non contenevano discipline dei diritti e delle libertà.

È, peraltro, noto che essa è stata superata dall'evoluzione costituzionale successiva. Nella quale si è registrata la progressiva *nazionalizzazione* della disciplina dei diritti fondamentali,

---

<sup>2</sup> Per rendersi conto delle assonanze tra tale disciplina e quella che sarebbe stata introdotta in Italia 223 anni dopo dalla legge cost. n. 2/1999, è sufficiente ricordare che quest'ultima – tra l'altro – prevede che, «nel processo penale, la legge [assicuri] che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; ... [e che essa] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

per effetto del suo inserimento nel testo costituzionale federale. Il che, mentre negli Stati Uniti d'America ed in Svizzera (fino alla Costituzione del 1999) è avvenuto mediante emendamenti costituzionali, in Germania si è verificato nel passaggio dalla Costituzione del 1871 (la Costituzione bismarckiana) alla Costituzione di Weimar del 1919. Quest'ultima, infatti, a differenza della prima, conteneva un'organica disciplina dei diritti.

Se si tiene conto di tutto ciò, non può sorprendere che, nel mondo contemporaneo, la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali e delle libertà abbia raggiunto un tale grado di diffusione da configurarsi come un'autentica *costante*. Né può sorprendere che essa abbia profondamente influenzato la stessa *architettura sistematica* dei documenti costituzionali. I quali contengono normalmente una sezione – variamente denominata (parte, titolo, capitolo, ecc.) – specificamente dedicata ai diritti spettanti ai singoli ed ai gruppi nei confronti dello Stato (nonché, di regola, ai doveri su essi incombenti).

### 3. *Il rapporto «costitutivo» tra la Costituzione ed i diritti fondamentali*

Per evitare equivoci, deve, a questo punto, aggiungersi che il riconoscimento di un *rapporto costitutivo* tra la Costituzione ed i diritti fondamentali non si risolve nella constatazione che tra gli oggetti regolati dalla prima rientri la materia dei diritti, ovvero in quella che la Costituzione si configuri come una tecnica di protezione dei diritti fondamentali. Con tale riconoscimento si allude infatti ad un dato più pregnante: alla circostanza che i diritti fondamentali diventano tali (e, cioè: *diritti in senso giuridico*) proprio in virtù della disciplina costituzionale.

Per rendersene conto, è sufficiente rilevare che la libertà esisteva anche anteriormente all'avvento delle prime costituzio-

ni. I sudditi dell'*ancien régime* non vivevano in catene, o, in altri termini, non erano materialmente privati della loro libertà. La libertà di cui fruivano, tuttavia, era una libertà *effettuale*. La quale non formava oggetto di un *diritto* nei confronti dello Stato. Per riprendere le celeberrime parole dedicate all'argomento da Aléxis de Tocqueville nel classico *L'antico regime e la rivoluzione*, può dirsi che essa era «una specie di libertà irregolare ed intermittente [...] legata ad un'idea di eccezione e di privilegio, che [...] non giungeva mai a concedere a tutti i cittadini le garanzie più naturali e più necessarie». Tale libertà, quindi, non tutelava i singoli nei confronti del potere sovrano. Il quale, a proprio capriccio, poteva farla cessare, mediante un semplice ordine di traduzione alla Bastiglia.

Con le Costituzioni, invece, le libertà assursero al rango di diritti: configurandosi come limiti all'azione del potere sovrano.

### 3.1. *Le tecniche giuridiche*

Passando a considerare le tecniche impiegate, è il caso di osservare preliminarmente che si tratta di tecniche giuridiche di straordinaria efficacia, le quali realizzano una sintesi felicissima tra lo scopo e il mezzo. Non si pecca di enfasi, se si afferma che il momento della nascita delle prime Costituzioni è stato un momento magico nella storia dell'umanità, un momento di grande creatività. Il quale può essere accostato a quello vissuto da Atene nell'età di Pericle: un'età, in cui, non solo si tenne a battesimo la democrazia, come oggi siamo abituati a pensarla, ma alla quale si deve l'elaborazione di molte delle regole che governano i processi di decisione democratica, come quelle che presiedono alle tecniche di voto, al computo delle maggioranze, alla fissazione dell'ordine del giorno.

### 3.1.1. La «copertura organizzativa» dei diritti fondamentali

Quanto alle tecniche utilizzate dal costituzionalismo a questo scopo, il primo elemento che viene in considerazione è quello che potrebbe qualificarsi della *copertura organizzativa*.

In relazione ad esso, è, preliminarmente, da osservare che né la Costituzione né la tutela costituzionale dei diritti si risolvono senza residui in un catalogo dei diritti stessi (o delle libertà). Il catalogo, infatti, *riceve senso* dalla disciplina organizzativa contestualmente dettata dal medesimo documento costituzionale. E solo se tale disciplina presenta certi caratteri, assolve alla sua funzione garantistica. Del che – sia detto per inciso – mostravano piena consapevolezza gli autori della citata *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, quando, all'art. 16, affermavano che alla sussistenza della costituzione (da intendere in senso scopertamente ideologico) fossero necessarie, tanto la disciplina dei diritti quanto la divisione dei poteri: «una società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né è determinata la separazione dei poteri – vi si legge infatti – è priva di costituzione».

Traducendo questa enunciazione in termini contemporanei, può dirsi che le due parti in cui la disciplina costituzionale può essere sistematicamente scomposta – la *parte sostanziale* (disciplina dei diritti e dei doveri) e la *parte organizzativa* (disciplina del potere sovrano) – non possono essere considerate come variabili indipendenti, combinabili a piacimento.

Una conferma – a suo modo – esemplare di tale relazione è offerta dalle costituzioni dei paesi socialisti, le quali – a partire da un certo momento (in URSS dal 1936) – hanno iniziato a riconoscere i diritti fondamentali.

È vero che in molti casi tali diritti erano strutturati diversamente dai corrispondenti diritti del costituzionalismo occidentale: non essendo configurati come *diritti individualistici*, ma come *diritti funzionali* (e, cioè, come diritti riconosciuti, non nell'interesse del singolo ma in quello della collettività, o – più realisticamente – del regime) (*infra*, cap. III, par. 4.2). Prevede-

re, ad esempio – come faceva l'art. 50 Cost. del 1977 –, che le libertà di parola e di stampa fossero garantite ai cittadini dell'URSS «*ai fini del rafforzamento e dello sviluppo dell'ordinamento socialista*», significava garantire (se di garanzia si tratta) solo le manifestazioni del pensiero conformi all'ideologia del regime ed alla *linea* dettata dagli apparati governanti. E significava, quindi – com'è tragicamente noto –, condannare la cultura del dissenso – il *Samizdat* – alla persecuzione ed alla clandestinità.

Deve, tuttavia, segnalarsi che, in altri casi, questa differenza strutturale non esisteva: i diritti essendo riconosciuti in termini non dissimili da quelli riscontrabili nel costituzionalismo liberale. Mantenendo il riferimento alla Costituzione sovietica del 1977, può dirsi che tale situazione ricorreva sia per la libertà personale che per la libertà e segretezza della corrispondenza, contemplate dagli artt. 54 e 56. I quali prevedevano, rispettivamente, quanto segue: «Si garantisce ai cittadini dell'URSS l'inviolabilità della persona. Nessuno può essere arrestato altrimenti che per sentenza del tribunale o con la ratifica del procuratore»; «La vita privata dei cittadini e il segreto della corrispondenza epistolare, delle conversazioni telefoniche e delle comunicazioni telegrafiche sono tutelati dalla legge».

Cionondimeno, neanche relativamente a tali casi si determinava un'omologazione – quanto al godimento dei diritti – tra la disciplina sovietica e quella occidentale. E questo perché? Per la ragione che profondamente diversa era la disciplina dell'organizzazione costituzionale. È, infatti, evidente che garanzie come la riserva di legge e la riserva di giurisdizione hanno un valore se ricorrono alcune condizioni irrinunciabili: la sussistenza di libere elezioni e l'indipendenza della magistratura. Condizioni, che – com'è noto – nel sistema sovietico non si davano.

### 3.1.2. *La superiorità della Costituzione*

Il secondo elemento che concorre a determinare la qualità della tutela costituzionale dei diritti è un elemento di ordine *formale*. Che può condensarsi nella formula della *superiorità della Costituzione*.

In questa sede non intende affrontarsi la questione se le Costituzioni siano *naturalmente* rigide, in quanto non modificabili con legge (per riprendere una suggestiva tesi avanzata da Alessandro Pace) – una questione, peraltro, con riferimento all'esperienza costituzionale italiana, non provvista di particolare rilievo pratico: poiché lo Statuto albertino è stato storicamente considerato un documento costituzionale di tipo *flessibile* (non sovraordinato, cioè, ai comuni atti legislativi del Parlamento) –. Quello che intende dirsi è che la Costituzione, al momento della sua storica apparizione, ha privato il potere sovrano dell'assoluta libertà d'azione di cui originariamente godeva, sottoponendolo a limiti di ordine *giuridico*. E, quindi – in ultima analisi – modificandone la natura.

È, peraltro, noto: da un lato, che la prima grande costituzione – la Costituzione degli Stati Uniti d'America –, contemplando un procedimento di revisione aggravato (anzi: fortemente aggravato) rispetto al procedimento legislativo ordinario, era sicuramente una costituzione di tipo rigido; d'altro lato, che, a far data dalla fine della prima guerra mondiale, la previsione di procedimenti siffatti da parte delle Costituzioni è divenuta la regola.

In conseguenza di ciò, nel costituzionalismo contemporaneo, la superiorità della costituzione si configura come una garanzia nei confronti della stessa legge ordinaria. In particolare – come ha posto, tra gli altri, in luce Vezio Crisafulli con riferimento all'esperienza italiana – il passaggio dalla costituzione flessibile (così – come si è detto – era inteso lo Statuto albertino) alla costituzione rigida ha determinato la trasfigurazione della posizione del legislatore ordinario. Per effetto di tale innovazione, infatti, al dogma dell'*onnipotenza del Parlamento* (risalente all'esperienza inglese) si è sostituita l'estensione alla

legislazione del principio di legalità: la legalità costituzionale essendo, per il legislatore, quello che la legalità «legislativa» è per l'esecutivo.

La sanzione di questa assimilazione è rappresentata dall'introduzione – avvenuta nel continente europeo con la Costituzione austriaca del 1920 – del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi. Per suo effetto – come si vedrà (*infra*, cap. III, par. 5.5) – la funzione legislativa è stata integrata, per intero nel calco dello Stato di diritto: ad essa essendosi estesa, sia la soggezione al principio di legalità, sia la garanzia della tutela giurisdizionale avverso le violazioni (con riconoscimento al giudice del potere di restaurare la legalità violata).

La conseguente assimilazione – a questo riguardo – dell'atto legislativo all'atto amministrativo è particolarmente evidente negli ordinamenti che conoscono il ricorso costituzionale diretto dei cittadini per violazione dei diritti fondamentali (nella forma del ricorso diretto [*Verfassungsbeschwerde*] degli ordinamenti mitteleuropei, od in quella del *Juicio de Amparo* latino-americano o spagnolo).

### 3.1.3. *L'autosufficienza del riconoscimento dei diritti di libertà*

Il terzo punto di forza della tutela dei diritti fondamentali garantita dal primo costituzionalismo va ravvisato nell'efficacia della corrispondente disciplina normativa. Non ci si riferisce all'efficacia formale dell'atto-costituzione (un'efficacia, destinata a variare in funzione del carattere rigido o flessibile rivestito da tale atto), ma ad un'efficacia che potrebbe qualificarsi «sostanziale», dovuta alla capacità della costituzione di creare, in modo assolutamente autosufficiente, senza, cioè, bisogno di ulteriori interventi normativi, il diritto fondamentale.

Tale efficacia si legava alla struttura dei diritti garantiti dal primo costituzionalismo, come la libertà personale, la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta, infatti, di diritti che presentavano (e presentano) un conte-

nuto eminentemente negativo, configurandosi come «libertà da», le quali esigono un'astensione da parte dello Stato (e degli altri consociati).

Libertà di stampa, ad esempio, significa divieto di censura.

Particolarmente illuminanti, a questo riguardo, sono alcuni passi contenuti nella prolusione romana di Carlo Esposito (pubblicata con il titolo *La libertà di manifestazione del pensiero*). Il quale confutava l'opinione, non priva di seguito nella giurisprudenza ordinaria all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione del 1947, che l'art. 21 di questa (la norma sulla libertà di manifestazione del pensiero) presentasse carattere meramente programmatico (e si risolvesse, quindi, nel mero rinvio al legislatore). In senso contrario, egli rilevava che «il riconoscimento di una libertà giuridica non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto, ma (...) che le leggi si astengano dal disporre contro la libertà». E questo perché? Perché – spiegava – le libertà giuridiche «non richiedono [...] specifica regolamentazione, ma astensione dalla regolamentazione».

È questa la ragione per la quale, in materia di diritti di libertà, può parlarsi di *autosufficienza* del riconoscimento costituzionale. Il quale produce la totalità degli effetti in funzione dei quali è effettuato, per propria esclusiva virtù: indipendentemente, cioè, da qualsiasi intervento attuativo. Onde: *immediatezza* – per riprendere la terminologia di Pierfrancesco Grossi – dei diritti in parola.

#### 4. *L'avvento dei diritti sociali e la modificata percezione della Costituzione*

È questo, tuttavia, un punto rispetto al quale nella successiva stagione del costituzionalismo si registra un'evoluzione, la quale coincide con l'inizio di quello che Eric Hobsbawm qualifica il secolo breve: il XX secolo, il quale, da un punto di vi-

sta cronologico, dura 100 anni come tutti i secoli, ma, dal punto di vista storiografico, ha una durata inferiore. Esso ha inizio con due eventi che cambiano la storia del mondo: la rivoluzione sovietica del 1917 e la prima guerra mondiale (1914-1918).

Tali eventi si riflettono profondamente sul costituzionalismo.

Non è, ad esempio, un caso che, all'indomani della prima guerra mondiale, la Costituzione di Weimar sia stata la prima Costituzione europea ad introdurre un dispositivo di adattamento automatico al diritto internazionale, prevedendo, all'art. 4, che «le norme generalmente riconosciute del diritto internazionale sono vincolanti elementi costitutivi del diritto dell'Impero tedesco».

È la risposta del costituzionalismo allo sconquasso in cui sono precipitate le illusioni dei nazionalismi ottocenteschi, i quali erano costruiti sull'idea che il maggiore strumento per risolvere i conflitti di interesse tra gli Stati fosse la guerra. Si deve a questa disposizione weimariana, che avrebbe trovato un seguito, nel 1931, nella Costituzione della seconda Repubblica spagnola<sup>3</sup>, l'apertura dello Stato, precedentemente rinchiuso entro le mura di cinta della sua sovranità, al diritto internazionale.

Per il tema dei diritti, l'elemento di maggior impatto è rappresentato dalla rivoluzione sovietica e dal pensiero da cui essa ha tratto alimento: il marxismo. Un pensiero, il quale lancia una sfida mortale al costituzionalismo, ponendo al centro del proprio universo assiologico la libertà dal bisogno, senza la quale le libertà della tradizione settecentesca e ottocentesca sarebbero null'altro che privilegi, fondati sulla disegualianza tra gli esseri umani. Di qui, storicamente, negli Stati del c.d. socialismo reale, la contrapposizione dell'eguaglianza alla libertà, considerate in termini alternativi.

Questa sfida non poteva lasciare indifferente il costituzionalismo, il quale ha reagito ad essa immediatamente. La prima

---

<sup>3</sup> Art. 7: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo».

risposta ha preceduto di pochi mesi la rivoluzione sovietica. Essa si deve alla Costituzione messicana del gennaio 1917, seguita dalla Costituzione di Weimar del 1919. Entrambe le Costituzioni hanno integrato la questione sociale, che era ignorata dallo Stato liberale di diritto ottocentesco, nel sistema costituzionale, aggiungendo ai cataloghi dei diritti della tradizione settecentesca ed ottocentesca i diritti sociali. Diritti, che presentano una differenza strutturale rispetto ai precedenti diritti di libertà. Non sono «libertà da» ma «diritti a». Si pensi al diritto al lavoro, al diritto alla salute, al diritto alla previdenza sociale, al diritto alla retribuzione sufficiente, i quali non chiamano in causa un'astensione dello Stato, ma un suo intervento positivo. Un eminente padre costituente italiano ed insigne giurista, Piero Calamandrei, ha espresso il concetto in termini di icastici, affermando, che, per questa parte, la Costituzione italiana si configurerebbe come una «rivoluzione promessa», che, pur prefigurando un assetto dei rapporti sociali diverso da quello esistente, non sarebbe in condizione, da sola, di realizzarlo.

I diritti sociali, infatti, configurandosi come «diritti a prestazione», attendono dal successivo intervento del legislatore la propria realizzazione.

Di qui, il formidabile problema dell'efficacia delle norme che li riconoscono (v. *infra*, cap. II, par. 3).

L'introduzione nelle costituzioni di diritti di questo tipo ha prodotto due conseguenze del massimo rilievo.

Anzitutto, *ha attenuato la relazione costitutiva tra la costituzione e i diritti fondamentali* (di cui s'è detto sopra). È, infatti, evidente che rispetto ai diritti sociali la disciplina costituzionale non è *autosufficiente*, dovendo trovare il proprio sviluppo nella normativa d'attuazione. Per tali diritti, quindi, non può ripetersi quanto Esposito affermava per la libertà di manifestazione del pensiero. E, cioè, che il loro riconoscimento «non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Per evitare equivoci, è, comunque, il caso di chiarire che tale *non auto-*

La seconda conseguenza dell'introduzione dei diritti sociali nelle costituzioni può essere ravvisata nella modificata *percezione della costituzione*. Quest'ultima, infatti, tende ad essere intesa come una disciplina preliminare, non solo, dipendente – quanto alla sua efficacia pratica – dalla disciplina attuativa e di svolgimento, ma anche aperta ad operazioni di bilanciamento da parte delle giurisdizioni costituzionali. Le quali, chiamate a risolvere i conflitti assiologici tra le norme programmatiche contenute nelle Carte costituzionali (come quelle che riconoscono i diritti sociali), tendono a generalizzare l'approccio per valori, attenuando, così, l'autosufficienza prescrittiva delle norme costituzionali, anche quando esse riconoscono e regolano diritti di libertà in senso stretto.

##### 5. *L'internazionalizzazione della tutela dei diritti umani e le sue incidenze costituzionali*

Ma il processo di attenuazione del rapporto costitutivo tra Costituzione e diritti non si è fermato a questo punto. Le aberranti esperienze istituzionali maturate nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali hanno, infatti, posto sul tappeto –

---

*sufficienza* non va intesa nel senso che le disposizioni costituzionali che riconoscono diritti di questa natura siano da ritenere totalmente inefficaci, sino a che il legislatore non le attui. Non è, infatti, contestabile che esse abbiano la capacità di produrre l'invalidità giuridica, sanzionabile dalla Corte costituzionale, delle norme legislative con le medesime confliggenti – si pensi, ad esempio, all'ipotetica norma che introducesse l'istituto del licenziamento per maternità, la quale andrebbe considerata illegittima per violazione dell'art. 37 Cost. (*infra*, cap. II, par. 3) –. Resta, comunque, il fatto che la piena esplicazione del diritto richiede uno sviluppo nella normativa attuativa. È, infatti, evidente – per riprendere l'esempio appena fatto – che, senza le disposizioni sui congedi per maternità, il *diritto* all'adempimento della funzione familiare delle lavoratrici madri non produce gran parte degli effetti in funzione dei quali è stato costituzionalmente riconosciuto.

come Auschwitz sta tragicamente a ricordare – la consapevolezza che, se la tutela dei diritti è affidata esclusivamente allo Stato, la garanzia può essere illusoria, poiché lo Stato può essere il primo persecutore, il primo violatore dei diritti umani: di quei diritti – si badi – l'auto-evidenza dei quali aveva contrassegnato, sul nascere, la prima stagione del costituzionalismo.

La risposta alla questione così posta sul tappeto è costituita dall'ancoraggio internazionale della garanzia dei diritti fondamentali.

Questa nuova stagione è stata inaugurata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla quale ha fatto seguito una nutritissima serie di convenzioni, accordi e trattati rivolti a garantire i diritti fondamentali<sup>5</sup>.

Le incidenze costituzionali di tale processo non possono sfuggire.

Esso, infatti, decreta il tramonto dell'idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra gli interessi esclusivi degli Stati (e debba trovare, quindi, la propria esclusiva *sedes materiae* nelle Costituzioni di cui questi si dotano). Alla disciplina costituzionale, infatti, si affianca un nuovo circuito regolativo, il quale, interagendo con la Costituzione, esige da essa una presa di posizione, una reazione.

In certi casi, la risposta è rappresentata dalla costituzionalizzazione della disciplina internazionale. È quanto, ad esem-

---

<sup>5</sup> Per limitare l'attenzione ai principali atti di questo tipo, possono ricordarsi: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), la Carta sociale europea (Torino 1961), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore dieci anni dopo), il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (anch'esso aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore nel 1976), la Convenzione americana sui diritti umani (San José, 22 novembre 1969), la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 20 giugno 1981). Con riferimento all'Europa, non può, infine, dimenticarsi la Carta dei diritti dell'Unione europea, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha riconosciuto «lo stesso valore giuridico dei Trattati».

pio, è accaduto in Austria nel 1964, per effetto della recezione, con legge costituzionale, della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Altre volte la tecnica usata è una tecnica diversa. È quella della previsione, in Costituzione, di clausole interpretative espresse, le quali impongono all'interprete di «leggere» la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali, sulla falsariga della disciplina internazionale. Tali clausole fanno la loro prima apparizione in una stagione di costituzionalismo più maturo rispetto a quella del secondo dopoguerra: la stagione che si è sviluppata in Europa negli anni '70.

A questo riguardo, non può non essere segnalata la Costituzione portoghese del 1976, che, in materia, detiene un primato storico, prevedendo, al comma 2 dell'art. 16, che «i precetti costituzionali e legali relativi ai diritti fondamentali debbono essere interpretati e integrati in armonia con la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo». Per effetto di questa disposizione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo diventa un coefficiente integrativo dell'interpretazione della Costituzione, in linea con un'impostazione che affondava le sue radici nella rivoluzione del 1974.

Segue subito dopo la Costituzione spagnola del 1978, nella quale si può ravvisare un'eccellente testimonianza di quei processi di produzione e recezione che – come insegna Peter Häberle – scandiscono l'intera storia del costituzionalismo. Le Costituzioni successive, infatti, si appropriano di formulazioni contenute in Costituzioni precedenti, ma, appropriandosene, le riplasmano, dando vita a formulazioni più evolute (Häberle direbbe: «più intelligenti», perché hanno compreso di più della realtà). Ed è quello che, appunto, fa la Costituzione spagnola, la quale si riferisce, oltre che alla Dichiarazione universale, ai trattati internazionali sui diritti umani. Questa la formulazione del comma 2 dell'art. 10: «Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la costituzione riconosce si interpreteranno in conformità con la dichiarazione universale dei dirit-

ti dell'uomo e con i trattati e accordi internazionali sulla stessa materia ratificati dalla Spagna».

Le Costituzioni nate all'indomani del secondo conflitto mondiale, come la Costituzione italiana del 1948 e la legge fondamentale tedesca del 1949, non comprendevano clausole di questo tipo. Tali clausole, tuttavia, assenti dalla Costituzione, sono state create dalla giurisprudenza costituzionale, grazie alla quale è venuta ad attenuarsi una distinzione classica del costituzionalismo: quella tra i diritti dell'uomo e i diritti del cittadino.

Limitando l'attenzione ad un esempio italiano, può ricordarsi il comma 1 dell'art. 3 Cost., il quale, prevedendo l'eguaglianza davanti alla legge di «tutti i cittadini», esclude gli stranieri dal riconoscimento. Ciononostante, la Corte costituzionale afferma, con giurisprudenza costante, che, con riferimento ai diritti fondamentali, il diritto di eguaglianza vale anche per gli stranieri. Ad esempio, nella sentenza n. 120 del 1967 si legge: «Se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [i] diritti fondamentali [menzionati dall'art. 2 e dall'art. 10]»<sup>6</sup>.

Questi sviluppi sono testimonianza di un processo di grandiose proporzioni che mette in discussione la configurazione tradizionale dello Stato, un processo, il quale si svolge nel segno della cooperazione internazionale e sovranazionale.

Si tratta, tuttavia, di un processo che non presenta un percorso lineare, ma va avanti con cadute e battute d'arresto.

Non possiamo, ad esempio, dimenticare le serie minacce alle quali la tavola dei valori del costituzionalismo è attualmente esposta in tanta parte del mondo. Basti qui ricordare le sospensioni dall'incarico e gli arresti di massa di giornalisti e pro-

---

<sup>6</sup> Analogamente, ad es.: Corte cost., sent. n. 46/1977: «La giurisprudenza della Corte ha ripetutamente ammesso l'applicabilità allo straniero del principio di eguaglianza, riconoscendone la validità a favore delle situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà».

fessori universitari ai confini della nostra Europa. Né possiamo dimenticare le derive illiberali che si registrano anche in Stati appartenenti all'Unione europea, come l'Ungheria e la Polonia (*infra*, cap. III, par. 4).

Tutto questo rende evidente che non è finita la funzione storica del costituzionalismo. Il quale resta un riferimento essenziale e una speranza.

### Nota bibliografica

AMORTH, *Dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale*, in ROTA (a cura di) *Questioni di storia moderna*, Milano 1948; BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997; BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari 1997; BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964; BILANCIA P., DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano 2004; BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962; CALAMANDREI, *La Costituzione*, in AA.VV., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Bari 1955; CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma 1976; ID., *Lezioni di diritto costituzionale, II L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova 1994; D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea*, Tivoli 2003; D'ATENA, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1/2017; DONATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia italiana*, XI, Roma 1931; ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1957), ora in *Diritto costituzionale vivente*, con presentazione di Nocilla, Milano 1992; FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale, I, Dal medioevo inglese al 1791*, Torino 1991, con appendice documentaria; GHISALBERTI, *Costituzione dello Stato, a) Premessa storica*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962; GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II ed., Torino 1992; HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), trad. it. di Fusillo e Rossi, introduzione di Ridola, Firenze 1993; ID., *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionali-*

smo in Europa, Milano 1994; HAMILTON, JAY, MADISON, *Il federalista* (1787-1788), traduzione di Tedeschini Lalli, con introduzione di Ambrosini ed appendici di Negri e D'Addio, Pisa 1955; KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. di Cotta e Treves, Milano 1952; MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), trad. a cura di De Caprariis, Venezia 1956; MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, I, Lisboa 2016; MONDAINI, *La costituente e la costituzione americana del 1787*, Firenze s.d. (ma 1946); MORTATI, *Costituzione dello Stato*, b) *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003; ID., *Costituzionalismo e metodi interpretativi dei diritti fondamentali*, in ROLLA (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino 2001; ID., *La causa della rigidità costituzionale: una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova 1995; PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005; PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della costituzione*, in *Jus*, 1951; RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000; STERN, *Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 1995; TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione* (1856), trad. a cura di Candeloro, VI ed., Milano 2011; WRIGHT JR., *The Early History of Written Constitutions in America*, in AA.VV., *Essays in History and Political Theory in honor of Charles Howard McIlwain*, Cambridge, Massachusetts 1936.