

PARTE I

PARTE GENERALE.
LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

SUI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA VICENDA EVOLUTIVA DEL COSTITUZIONALISMO *

Roberto Nania

SOMMARIO: 1. Il processo di affermazione e di crescita dei diritti fondamentali come replica del costituzionalismo alle trasformazioni. – 2. La codificazione del fondamento di valore dei diritti costituzionali come criterio di emancipazione dalle contingenze temporali. – 3. I cambiamenti intervenuti e le domande di nuovi diritti alla prova dello schema di attrazione nella sfera costituzionale.

1. Il processo di affermazione e di crescita dei diritti fondamentali come replica del costituzionalismo alle trasformazioni

Tutti conosciamo l'importanza dell'apporto che la riflessione di Paolo Ridola ha offerto allo studio dei diritti fondamentali, ed è appena da sottolineare come dal suo insegnamento si trae che la comprensione del tema non possa prescindere dalla declinazione del nesso tra la vicenda dei diritti e la vocazione evolutiva del costituzionalismo, ossia la capacità di replicare alle ondate di trasformazione della vita collettiva, assumendone le istanze maturate nel corso dei tempi sotto la specifica forma di libertà e diritti giuridicamente prefigurati e protetti¹.

In virtù di una prospettiva storica non soltanto evocata bensì elaborata

* Il presente saggio è tratto da *Nomos*, 1/2020, 1-12. Il saggio rielabora l'intervento tenuto dall'A. in occasione della Giornata di studio in onore di Paolo Ridola dell'8 novembre 2019, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, ed è destinato alla raccolta di scritti a Lui dedicati.

¹Cfr. in particolare, P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I Diritti costituzionali*, seconda edizione, vol. I, Torino 2006, 3 ss.; Id., *Il principio di libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino 2018; Id., *Esperienza, Costituzioni, Storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli 2019 (spec. la parte seconda del volume intitolata "il costituzionalismo e i diritti").

nelle sue valenze ricostruttive per il diritto costituzionale, viene confermato che la enunciazione dei diritti, quale si riscontra nell'attuale modo d'essere del costituzionalismo europeo non è il prodotto istantaneo e particolarmente creativo di un intervento costituente. Si tratta dell'esito di una progressione temporale che può essere ricostruita a posteriori, almeno nei passaggi cruciali, e nella quale viene decifrata una linea di sviluppo – nonostante la consapevolezza degli ostacoli che vi si sono frapposti e delle più devastanti battute di arresto, e quindi senza alcun cedimento di tipo storicistico – nel senso della sempre maggiore realizzazione della tutela della persona e delle opportunità di espressione delle sue potenzialità.

In effetti, questo itinerario evolutivo, per quanto possa essere segnato da momenti di notevole trasformazione, non ha mai comportato la soppressione dei diritti preesistenti, ma si è mosso nel segno della crescita in modo da colmare le insufficienze e le lacune accusate dalle precedenti codificazioni e dalle pregresse dichiarazioni dei diritti. La ricostruzione delle tappe principali attraverso le quali si è andato snodando questo percorso, porta appunto in evidenza la comparsa di altre “dimensioni” realizzative del postulato della libertà² attraverso la scansione generazionale dei diritti³. Una scansione che, al di là della loro incerta classificazione numerica, è sempre utile riportare alla mente: l'affermazione originaria delle grandi libertà individuali (l'egualianza di fronte alla legge, la libertà fisica e la libertà economica, la libertà di coscienza), successivamente la definitiva configurazione dei diritti di parte-

²P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, sulla “multidimensionalità delle libertà costituzionali” anche con riferimento alla conseguente articolazione delle tecniche di garanzia, spec. 18 ss. Su questa prospettiva che privilegia la chiave ricostruttiva incentrata sulle “dimensioni” della libertà, ritenuta “non incompatibile” rispetto a quella (di cui alla nota successiva) della classificazione per “generazioni” di diritti, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Cassino 10-11 giugno 2016; in particolare sul versante delle tutele e dell'affermazione della garanzia dell'opinione pubblica e del protagonismo democratico in vista della effettiva difesa dell'inviolabilità dei diritti, A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano 2006, 38.

³La rubricazione, stipulativamente praticata, di questi passaggi in termini “generazionali” risale a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990, spec. l'introduzione ed il saggio “sul fondamento dei diritti dell'uomo”, 5 ss., si nota sin d'ora come dall'assunzione della storicità dei diritti viene fatta discendere tuttavia la “illusione” di fondazione dei diritti stessi (al riguardo, con riferimento al diverso orientamento adottato dal costituzionalismo positivamente inteso, cfr. *infra*); lo schema generazionale è anche in G. Peces Barba, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991), trad. it., Milano 1993. Per una più ampia riflessione sul significato dell'avvicendamento generazionale nella vita dell'umanità e sulla importante componente di “restituzione” che sarebbe doverosa nei rapporti inter-generazionali, R. Bodei, *Generazioni. Età della vita, età delle cose*, Bari 2014, spec. 79 ss.

cipazione politica (le libertà associative e il diritto di voto); cui fanno seguito, in particolare nelle costituzioni del secondo dopoguerra, la compagine dei diritti sociali (i diritti del lavoro, il diritto alla salute, ecc.); la nascita, nella seconda metà del secolo breve, di un'altra generazione di diritti legati a sopravvenute domande di sicurezza individuale e collettiva (emblematicamente, la riservatezza e la protezione dell'ambiente) nonché alle istanze di superamento delle asimmetrie di genere; infine, per arrivare ad oggi, la comparsa di ulteriori libertà e diritti, difficilmente inquadrabili in uno schema unitario e che compongono uno scenario altamente frastagliato: diritti presenti in più recenti codificazioni oppure espressi dall'attività dei legislatori in sede di attuazione costituzionale, ma soprattutto derivanti dalle pronunzie delle Corti supreme nazionali e sopranazionali (ancora in termini esemplificativi, il diritto all'identità sessuale, ovvero i diritti concernenti l'uso delle tecnologie comunicative), e dei quali in qualche caso è ancora controversa la identificabilità con un segno umanamente progressivo, o quanto meno la misura della loro riconoscibilità (si pensi alla questione dei diritti concernenti la fase finale della vita umana).

Come si diceva, la correlazione tra questo andamento di crescita e le vicende che hanno segnato la storia europea attraverso snodi capitali: l'esame delle controversie che hanno riguardato talune priorità temporali, quale il primato che sotto tale angolazione dovrebbe riconoscersi all'affermarsi della libertà religiosa e di coscienza oppure alla libertà di espressione; l'intreccio tra la constantiana "libertà dei moderni" ed il passaggio dagli ingessati assetti economici di tipo corporativo al protagonismo dell'iniziativa individuale che segna l'avvento del mercato e del modo di produzione capitalistico⁴; la comparsa dei diritti sociali nella quale viene ravvisato non soltanto il riconoscimento di specifici bisogni di sicurezza economica con le relative prestazioni pubbliche rivendicate dal mondo del lavoro, ma anche la spinta nel senso dell'apertura della vita associata al confronto pluralistico ed alla promozione della "mobilità del tessuto sociale"⁵.

È da precisare, ove mai sia necessario, che questi incroci di ordine storiografico non implicano di certo che il costituzionalismo si risolva in un ruolo di semplice e passivo rispecchiamento: le dichiarazioni dei diritti sono sempre il risultato di un'attività di interpretazione e razionalizzazione del mondo

⁴Cfr. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 40; cfr. anche, sulla anticipatrice esperienza inglese a cavallo tra cinque e seicento in materia di emersione dei diritti connessi alle istanze di sviluppo del mercato e della concorrenza, F. Nania, *Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, n. 4/2018, 939 e ss.

⁵Cfr. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 162.

che non ha mancato di attingere a quella varietà delle forme di pensiero che ha costantemente accompagnato, anche criticamente, le diverse tappe della civiltà giuridica occidentale. Per cui l'esame delle anzidette corrispondenze temporali conduce altresì ad esplorare l'apporto culturale/ideale che ha concorso a fertilizzare la tematizzazione costituzionale sulle libertà e sui diritti fondamentali, rimanendo così impresso in modo indelebile sul suo "esprit".

Per quanto una lettura altrettanto motivata dal punto di vista delle svolte storico/culturali possa apparire non sempre praticabile, come già si accennava, al caso della congerie di diritti sopravvenuti (e tanto più nel caso dei "micro diritti") resta comunque scientificamente produttivo collocare il tema dei diritti costituzionali e della loro genealogia sullo sfondo dei processi di trasformazione che investono la vita collettiva e che in vario modo hanno sollecitato inedite declinazioni della loro ratio di riconoscimento e di difesa delle sfere di libertà.

Da questa angolazione, viene in evidenza, pur nella sua ambivalenza, il nesso che intercorre tra i processi di "irresistibile laicizzazione"⁶ e di allontanamento dalle tradizionali etiche di comportamento e la crescita della domanda di autodeterminazione individuale; ancor più di recente, si possono richiamare gli sviluppi delle tecnologie comunicative che hanno sollevato l'esigenza di una percezione più articolata dei contenuti del diritto alla privacy ed alla identità personale. Il segno che, nonostante tutto, è ancora al costituzionalismo che si indirizza la richiesta di assolvere al difficile compito di imprimere se del caso la forma propria dei diritti fondamentali, sotto il profilo delle modalità nonché dei limiti di esercizio, sia alle opportunità sia alle apprensioni che discendono dalle trasformazioni e che sconsigliano alle costituzioni di attestarsi sulla linea della contemplazione dei risultati già acquisiti. Non si tratta dunque di accessori di carattere sociologico, ma di dinamiche di costituzione materiale che non a caso hanno messo capo ad una intensa e dibattuta rimeditazione, di cui in seguito si dirà, in ordine alle stesse metodologie interpretative ritenute maggiormente atte ai fini della decifrazione del loro effettivo rilievo sul piano costituzionale.

2. La codificazione del fondamento di valore dei diritti costituzionali come criterio di emancipazione dalle contingenze temporali

Quanto svolto non deve far pensare che sottolineare la dimensione storica del rapporto tra il costituzionalismo e i diritti fondamentali significhi relati-

⁶T.W. Adorno, *Progresso* (1969), ora in *Parole Chiave, modelli critici*, trad. it., Milano 1974, 42.

vizzarne il contenuto di senso, fino a scontare l'impossibilità di conferire loro un fondamento che trascenda le specifiche vicende che ne hanno determinato (o che ne determinino oggi) la comparsa sulla scena del diritto costituzionale.

Si allude alla questione, assai controversa in sede speculativa, concernente la sussistenza o meno di una base ontologica dei diritti fondamentali: una questione che, come è risaputo, ha investito al momento della loro redazione le stesse dichiarazioni internazionali dei diritti umani, e che ha portato a contestarne l'aspirazione ad imprimere una portata universale ad una concezione dei diritti che si deduce polemicamente sia intrecciata allo sviluppo della civiltà europea/occidentale, ed alla quale pertanto non sarebbe consentito prescindere almeno da una preventiva acquisizione di consenso da parte di chi non ne sia stato partecipe ed anzi sia portatore di differenti esperienze e visioni politico culturali⁷.

A prescindere dalla *querelle* prettamente filosofica e probabilmente ormai irrisolvibile, certo è che per parte loro le codificazioni costituzionali della modernità, conferendo forza normativa alla saldatura tra cultura ed esperienza, hanno inteso emancipare i diritti dalle contingenze storiche che ne hanno accompagnato la nascita, a questo scopo radicandoli in fattori generativi in grado di spiegare l'esigenza di una apposita attestazione nonché di avvalorare la loro vocazione alla permanenza nel tempo. Peraltro, già le risalenti dichiarazioni dei diritti ufficializzavano il paradigma dal quale avrebbero tratto origine, identificandolo con l'idea dell'inerenza della libertà e dell'eguaglianza alla originaria condizione "naturale" di ogni essere umano (basti il richiamo d'obbligo alla dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e al non dissimile esordio del Bill of Rights della Virginia del 1776).

Ebbene, questa impostazione costruttiva si è prolungata nel tempo e, dopo il suo appannamento nel contesto dell'asciutta declinazione del tema nelle costituzioni europee post rivoluzionarie e dell'approccio squisitamente positivisticò dello Stato di diritto, ha trovato ulteriore svolgimento a partire dalla costituzione weimariana e successivamente nelle costituzioni liberal-democratiche del secondo dopoguerra dove si ribadiscono, ancorché variamente narrati e coordinati tra di loro i valori di libertà, eguaglianza e dignità che sono alla base dei diritti fondamentali: il che si riscontra anche nei tre principi di esordio della costituzione italiana, con la impareggiabile efficacia riassuntiva che li caratterizza rispetto al seguito delle più specifiche enunciazioni precettive in tema di diritti fondamentali e delle corrispondenti garanzie⁸.

⁷ Si veda J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico* (1990), trad. it., Milano 2008, 59 ss.

⁸ Per quanto anch'essi suscettibili di evoluzione interpretativa, come emblematicamente

In tal modo, viene superata la perentoria interdizione positivista nei confronti della contaminazione ideale del diritto, e soprattutto le stesse enunciazioni fondative vengono insediate a pieno titolo nel corpo prescrittivo delle costituzioni, come è accaduto da noi a seguito del rigetto in sede costituente della loro dislocazione in un preambolo e della qualificazione altamente significativa come “principi fondamentali”⁹. Dal che consegue che i singoli diritti costituzionalmente dichiarati vengono saldati ad un sistema di valori che ad un tempo ne rafforza la consistenza e persino la “inviolabilità”, ma postula anche il loro “incastonamento”, per mutuare una terminologia spesso presente in chiave ermeneutica nei saggi di Paolo Ridola, in un complessivo ordine assiologico che dovrebbe assicurarne la logica di coesistenza e di coerenza con le finalità di integrazione e stabilizzazione dell’assetto sociale.

Non si può dare qui conto di taluni aspetti critici che si è ritenuto di ravvisare soprattutto nelle conseguenze tratte dalla dottrina tedesca della *Wertordnung*¹⁰, facendo temere una radicale sostituzione dell’applicazione normativa dei valori costituzionali rispetto ai processi di auto organizzazione che si producono in seno alla società e che devono accompagnarne la realizzazione. Quel che va comunque ribadito è che il riconoscimento della matrice di valore insita nelle diverse componenti generazionali presenti in costituzione aspira a superare, mediante questa tecnica di astrazione¹¹, l’ipoteca di un irrisolvibile antagonismo pratico preclusivo di ogni possibilità di convivenza tra diritti classici, orientati nel senso della difesa dalle interferenze dei poteri pubblici, e diritti sociali, che assumono viceversa lo Stato quale principale destinatario degli obblighi di effettività: come i primi risultano irriducibili a mere strutture di difesa di interessi precostituiti e vengono convertiti in valori in ragione della loro vocazione generalizzante, così i secondi non

accade per la nozione di “lavoro” di cui all’art. 1 Cost., al riguardo cfr. G. Colavitti, *La libertà professionale tra costituzione e mercato, liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino 2012, 312 ss.

⁹Nondimeno, persino nel caso dei preamboli non manca di emergere e all’occorrenza di operare utilmente lo “spirito” della costituzione, cfr. P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano 2006, spec. 10.

¹⁰Cfr. E.W. Böckenförde, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali* (1974), ora in *Stato, Costituzione, Democrazia*, trad. it., Milano 2006, 169-170, adducendo altresì, esplicitamente sulla scia di Schmitt, un marcata riserva sulla possibilità di una “fondazione razionale dei valori”.

¹¹In senso diverso, cfr. C.A. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa* (2001), trad. it., Bologna 2009, secondo il quale sarebbe, o dovrebbe essere, un più basso livello di astrazione il terreno idoneo per raggiungere convergenze e soluzioni pur muovendo da discordanti concezioni generali (“accordi non completamente teorizzati”), spec. 73 ss.

esibiscono più una temibile tendenza al riassorbimento delle autonomie private nell'ambito della sovranità politico-statale, ma estendono doverosamente il catalogo dei diritti a partire dai bisogni che promanano dalle concrete condizioni di vita della persona, facendosi così carico di smentire il carattere formalistico ed unilaterale dei principi di libertà¹².

Naturalmente, non è proponibile una visione troppo rasserenata della compiutezza del nuovo quadro costituzionale considerate le tensioni che possono comunque determinarsi tra gli stessi diritti ed il richiamo ai rispettivi valori di riferimento, nonostante ogni sforzo costituzionale di ricomposizione. D'altra parte, lo stesso canone decisionale del bilanciamento tra valori certifica in qualche modo la difficoltà di un loro componimento in via aprioristica e l'insistenza di un nucleo potenzialmente antitetico che neppure l'idea di dignità riesce a risolvere concettualmente, per quanto non sia cosa da poco addivenire, quando possibile, a risoluzioni empiriche nel segno del temperamento. Come segnalava Leopoldo Elia¹³, neppure la teorica dei principi supremi, chiamata così opportunamente a fronteggiare l'eccesso di cedevolezza dei principi costituzionale di fronte all'ingresso di discipline esterne, è riuscita a contrastare la visuale onnicomprensiva delle ponderazioni, ancorché alle condizioni di ragionevolezza ivi fissate. Sarà vero che in tal modo verrebbe scongiurata la schmittiana propensione "tirannica" dei valori, almeno stando alla lettura altamente drammatizzata del *modus operandi* della tecnica della "valorizzazione", cui però è opponibile il dato costituzionalmente dirimente della qualità dei contenuti che ne costituiscono l'oggetto; eppure l'indirizzo compositivo di cui si parla non soltanto non dovrebbe prescindere da una comprensibile esigenza di simmetria tra versante esterno e versante interno dell'immagine costituzionale; ma non dovrebbe nemmeno precludere l'eventualità di tracciare una soglia di insuperabilità costituzionale che, in coerenza con la funzione limitativa del costituzionalismo, metta in sicurezza l'assunto della intangibilità della sfera di libertà e di garanzia assicurata al cittadino¹⁴.

Penso di poter dire che le considerazioni appena avanzate convergono nel senso di rilevare che "se è vero infatti che la costituzione non è più in grado di fornire risposte univoche e che essa produce antinomie, contenuti normativi concorrenti o configgenti [...] sembra peraltro che l'influenza del pensiero liberale si riduca in termini troppo generici quando si pretende che esso si

¹²Cfr. R. Aron, *Libertà e eguaglianza. L'ultima lezione al Collège de France* (2013), trad. it., Bologna 2015, il quale non per caso adopera la dizione "libertà sociali" in luogo di diritti sociali, spec. 40-41.

¹³L. Elia, *I principi supremi presi sul serio*, in *Giur. cost.*, 2009, 2147 ss.

¹⁴Ma si veda ora Corte cost., ordinanza n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018.

limiti a guidare un atteggiamento razionale e responsabile nelle ponderazioni”¹⁵. Ed in effetti, può suscitare dubbi la prospettazione in chiave sistematica del disegno costituzionale in tema di diritti ove venisse spinta fino al punto da mettere in forse quella indisponibilità del contenuto “negativo” delle posizioni di libertà cui rimane comunque affidata la possibilità di fronteggiare qualunque fattore invasivo, e tanto più oggi allorché al potere pubblico si affiancano soggetti privati davanti ai quali anche le più antiche asimmetrie risultano grandemente accentuarsi. Non è un caso, per tornare alla precedente esemplificazione, che per quanto si possano diversamente tematizzare le configurazioni del diritto alla privacy nelle sue molteplici varianti in modo da evidenziarne la componente di tutela della collocazione e dell’apprezzamento sociale della persona, resta indeludibile la presenza di un’istanza di difesa della sfera individuale che il tessuto protettivo del pluralismo non sarebbe in grado di appagare e che è quindi costretta a rinviare, come dimostra la formula evocativa dell’*habeas data*, agli originari mezzi di tutela delle libertà individuali.

Altrettanto è da dire con riferimento alle situazioni di sofferenza che questo disegno di integrazione generazionale può incontrare sotto l’aspetto attuativo, specie con riferimento alla natura finanziariamente condizionata dei diritti sociali cui difficilmente potrebbero adeguatamente sopperire non soltanto i rimedi reintegratori che sono propri dei diritti soggettivi, ma anche lo strumento del controllo di costituzionalità una volta che esso avverta l’impossibilità di sottrarsi alle regole costituzionali in materia di spesa pubblica ed alla necessità del rinvio alla responsabilità politica quanto alle “scelte tragiche” sulla allocazione delle risorse¹⁶; né appare risolutivo al riguardo postulare una incongrua competizione tra diverse tipologie di diritti sotto l’aspetto dell’onerosità finanziaria, restandone piuttosto indecifrabili le implicazioni laddove si chiamano in causa voci di spesa connesse alle più elementari esigenze di preservazione della convivenza pacifica cui nessun ordinamento potrebbe abdicare.

Si deve essere consapevoli dei rischi in cui può incorrere la democrazia fondata sui diritti quando la promessa di realizzazione sembra diventare troppo incerta e quando per di più gli stessi meccanismi di mercato determinano dislocazioni di ricchezza che appaiono contraddire quella capacità di produzione di benessere e sicurezza generale che ha sempre concorso a legit-

¹⁵ P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 72.

¹⁶ In ordine alla incidenza sulla questione della novellazione dell’art. 81 Cost. nonché con riguardo ai limiti che incontra il condizionamento finanziario dei diritti sociali, cfr. F. Saitto, “Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo “stato fiscale” allo “stato debitore”, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, spec. 13 ss.

timarli. Eppure, non si può omettere di osservare che analoga preoccupazione deve riguardare i diritti di libertà nel momento in cui le oscillazioni del tasso di protezione arrivano a coinvolgere gli stessi postulati di contorno in cui si è invero il criterio della inviolabilità: con ciò confermandosi l'ispirazione unitaria del sistema costituzionale delle libertà e dei diritti e l'incongruità di raffigurazioni che più o meno consapevolmente inducano a trascurarla¹⁷.

3. I cambiamenti intervenuti e le domande di nuovi diritti alla prova dello schema di attrazione nella sfera costituzionale

Come si sa, il percorso generazionale non si è arrestato alle costituzioni del secondo dopoguerra, che anzi ben presto è stata smentita l'ipotesi, se mai esplicitamente teorizzata, che il modulo della rigidità costituzionale applicato alla materia dei diritti potesse comportare, una volta consolidata la irrettrattabilità delle precedenti acquisizioni, la conclusione della vicenda evolutiva del diritto costituzionale; o per lo meno l'ipotesi che le sollecitazioni in tal senso potessero essere incanalate nel solco delle preesistenti enunciazioni testuali, ancorché adeguatamente interpretate, e quindi iscritte nelle figure già stilizzate dalla codificazione costituzionale.

Come era prevedibile anche nell'epoca della rigidità al costituzionalismo è stato chiesto di confrontarsi con il divenire e con la domanda di riconoscimento di diritti ulteriori, per di più con una richiesta segnata da una impellenza tale da non poter o non voler sottostare al tempo impegnato dalle sedimentazioni costituzionali e dalle dichiarazioni di diritti, e talvolta neppure alla maturazione della condivisione sociale o quanto meno degli esiti delle composizioni raggiungibili nel corso della processualità politico legislativa. Non può sorprendere dunque se in questo spazio "costituente" è andato spiccando il ruolo delle Corti in una misura inconsueta, almeno nella tradizione degli ordinamenti di diritto scritto. Ed anche da noi la questione dell'ingresso di "nuovi" diritti si è andato progressivamente dilatando al di là del più o meno timido tentativo di declinare le istanze di ampliamento del

¹⁷ A. Baldassarre-C. Mezzanotte, *Introduzione alla Costituzione*, Bari 1990, per la enucleazione del concetto di "indivisibilità della libertà" quale presupposto essenziale della democrazia, 68-71; sul punto, con argomenti altrettanto adesivi a questo canone ricostruttivo, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari 2018, 34-35; sul tema, evocato nel testo, della costante opposizione tra libertà e sicurezza, L. Durst, *Introduzione al ruolo della "sicurezza" nel sistema dei diritti costituzionali*, Roma 2019, spec. 17 ss. Sui principi di libertà ed eguaglianza come garanzie di democraticità del sistema, cfr. G.M. Salerno, *Le garanzie della democrazia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 795 ss.

catalogo costituzionale secondo la logica argomentativa delle implicazioni garantiste insite nelle specifiche discipline costituzionali in materia di tutela dei diritti inviolabili.

Come è risaputo, in forza della teorica dell'art. 2 come clausola "aperta" si è impressa al principio del riconoscimento dei diritti spettanti alla persona una plusvalenza innovativa che – per quanto suffragata dal convergente richiamo alla schiera dei diritti positivamente enunciati nonché alle dichiarazioni sovranazionali – ha dato luogo appunto all'immissione di una molteplicità di altri diritti, in tal modo rendendo recessiva la pregiudiziale ostativa dell'esaurimento del catalogo dei diritti così come configurato al momento della sua adozione, salvi i casi in cui le prescrizioni costituzionali opponessero una loro tenace testualità alla proposta estensiva¹⁸.

Ciò non significa ovviamente che l'elaborazione sui diritti finisca con l'eludere l'obbligo di derivazione dal testo costituzionale, trattandosi piuttosto dello spostamento del nesso di continuità dal terreno delle prescrizioni specifiche a quello delle enunciazioni di valore: se tali enunciazioni erano *ab origine* destinate ad immunizzare i diritti dichiarati rispetto allo scorrere del tempo, ora ad esse occorrerebbe attingere, non solo per avvalorarne la perdurante forza di resistenza rispetto ad ogni incursione peg-

¹⁸Non è ovviamente possibile in questa sede dare conto in modo dettagliato delle decisioni che dovrebbero confermare la conclusione molto sintetica di cui nel testo: a cominciare, ad esempio, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 221/1975 sul diritto all'identità di genere in forza del richiamo congiunto all'art. 2 Cost. e all'art. 8 della Cedu, nonché alla sentenza n. 467/1991 in tema di obiezione di coscienza col richiamo congiunto al principio di dignità ed agli artt. 19 e 21 Cost., e ancora alla sentenza n. 162/2014 in tema di fecondazione eterologa; si rinvia pertanto alla puntuale disamina che si trova nel volume di C. Colapietro-M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, Torino 2015, anche per il diritto alla socializzazione dei disabili come "nuovo diritto sociale", 96 (su questa tematica cfr. altresì C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011). In senso contrario al ritenuto carattere ostativo dell'art. 29 Cost. e della formula della "società naturale" rispetto all'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, cfr. A. Schillaci, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma 2014, 195; per prendere cognizione dell'andamento iniziale delle modalità di lettura dell'art. 2 Cost. da parte della giurisprudenza costituzionale, R. Nania, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino 1989, 161 ss. (per la identificazione dell'art. 2 come norma "semichiusa"); sui successivi sviluppi della lettura giurisprudenziale, F. Modugno, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 9 ss.; per un ripensamento anche critico di tale giurisprudenza soprattutto alla luce del principio di dignità, si veda F. Politi, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*, Torino 2019. Più di recente, per un ulteriore svolgimento delle implicazioni tratte da diritto costituzionale di autodeterminazione come componente del diritto alla salute, unitamente a quanto stabilito nella legge n. 219/2017, cfr. Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019, in materia di suicidio assistito.

giorativa, ma anche allo scopo di orientare la lettura delle sollecitazioni sopravvenute in termini di coerenza con i postulati materiali, assunta quest'ultima quale requisito necessario ai fini dell'attrazione nella sfera dei diritti costituzionali.

Da tale punto di vista, come da altri osservato, questi processi innovativi potrebbero persino rubricarsi sotto la categoria dell'attuazione costituzionale, laddove particolarmente serrato appaia il loro carattere di svolgimenti consequenziali rispetto alla programmaticità costituzionale: il riferimento è anzitutto alla ratio trasformativa del principio di eguaglianza e di non discriminazione che si è andata realizzando nel campo dei rapporti di genere¹⁹. Tuttavia in tempi più ravvicinati, l'anzidetta modalità di riconoscimento di diritti è apparsa controversa nei suoi esiti, e del pari discussa è stata l'assunzione del ruolo innovativo da parte della giurisprudenza²⁰, per quanto sostenuto potesse essere da riscontri extranazionali, rispetto alle istanze democratiche cui in via prioritaria dovrebbero competere le determinazioni suscettibili di plasmare, nonostante il loro carattere tecnicamente "facoltizzante"²¹, la dimensione spirituale della vita associata e la sua auto comprensione collettiva. E questo specie con riferimento alle implicazioni costituzionali delle tendenze espansive del diritto all'autodeterminazione individuale sia sotto l'aspetto degli altri diritti che possono esserne attraversati e addirittura compromessi, sia sotto quello della loro sostenibilità dal punto di vista della concezione della persona alla base del sistema costituzionale di tutela.

Ora, al di là delle vicende in cui tali implicazioni critiche sono state particolarmente avvertite, anche in ragione delle tendenze verso la "diffusione" applicativa dell'art. 2 Cost.²², si può osservare, sia pure con l'inevitabile approssimazione, che per quanto problematico sia divenuto il percorso ciò non ha impedito, in forza dell'aggiornamento delle metodologie ermeneuti-

¹⁹Cfr. M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzione di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino 2018.

²⁰Su tale ricaduta del tema intensamente controversa, A. Vignudelli, *Osservazioni critiche sulla presunta attività paralegislativa della Corte costituzionale alla luce di alcuni principi caratterizzanti il sistema costituzionale*, ora in *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, vol. I, Modena 2018, 185 ss.

²¹Per la funzione del concetto in qualche modo sdrammatizzante in uno scenario già pluralizzato, L. Elia, *Introduzione ai problemi pratici della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXII Convegno annuale dell'AIC, Napoli, Padova 2008, 17.

²²Su tale tendenza, considerata dall'angolazione dell'attitudine prevalentemente "concreta" dei giudici comuni, cfr. P. Mezzanotte, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, in *Federalismi*, n. 25/2011, 19 ss.

che²³, di selezionare le richieste di spazi di libertà alla stregua della compatibilità con i principi costituzionali, in particolare avvalendosi sul piano dell'itinerario dimostrativo della efficacia probatoria ritenuta insita nel principio di dignità della persona umana oppure in quello del libero sviluppo della personalità²⁴.

Non può sorprendere che in presenza della progressione descritta si possa riportare l'impressione di una sovrabbondanza di diritti elevati al rango della fundamentalità costituzionale. Qui si può soltanto osservare che il dato quantitativo non è di per sé dirimente, se è vero che, almeno con riguardo ai diritti non soltanto affermati ma anche assistiti dalla garanzia dell'azionabilità²⁵, l'effetto cumulativo è di per sé visibilmente connaturato al cammino del costituzionalismo. Parimenti vero è che, come testimoniano le più recenti codificazioni (ed in particolare la Carta dei diritti della U.E.) non è impossibile procedere tuttora ad una riorganizzazione razionale della materia secondo assiomi di continuità rispetto alla tradizione del costituzionalismo. Quanto al pericolo che questo processo di accumulazione metta capo ad un sensibile sbilanciamento nel rapporto tra diritti e doveri a scapito dei legami di socialità, è da rilevare che molti dei diritti di cui si parla sono speculari rispetto al principio di solidarietà (si pensi ai diritti dei disabili); ed in ogni caso non si può trascurare che la dialettica tra individualità e socialità nei sistemi liberal-democratici pare postulare, piuttosto che la moltiplicazione dei doveri imposti o il ripristino di modalità di attuazione di doveri che riassorbono quote di autonomia personale già acquisite (si pensi al nostro art. 52 ed al superamento dell'obbligatorietà del servizio militare)²⁶, l'adozione di metodologie persuasive e democraticamente assimilabili che siano in grado di sollecitare la responsabilizzazione dei comportamenti ed il senso di appartenenza ad un destino comune che, come nel caso del

²³ Sui notevoli cambiamenti delle tecniche interpretative, G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teoria dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; per l'esame al riguardo del dibattito d'oltreoceano, cfr. N.G. Cezzi, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli 2019, spec. 205 ss.

²⁴ Ad esempio, per una verifica ad esito negativo stante il contrasto col principio di dignità della persona, si veda Corte cost. n. 414/2019, in tema di prostituzione; cfr. anche, sempre in termini negativi, Corte cost. n. 5/2018 in tema di autodeterminazione e vaccinazioni obbligatorie.

²⁵ Sul punto, per un motivato dissenso rispetto alla proclamazione di "diritti umani" in assenza di strumenti di garanzia, cfr. F. Rimoli, *Sulla retorica dei diritti*, Modena 2018, spec. 23 ss.

²⁶ Su cui cfr. G. Bascherini, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli 2017, spec. 99 ss.

rischio ambientale, può arrivare a coinvolgere le generazioni a venire e l'umanità nella sua interezza.

Resta da dire, per tornare al punto, che, come si è visto, l'accesso di nuovi diritti si è mosso nella prospettiva del seguito dei valori costituzionali alla stregua di una loro comprensione debitamente attualizzata. Sotto questo aspetto, il costituzionalismo si trova oggi ad affrontare una prova più ardua, laddove la domanda di nuovi diritti, nel quadro dei fenomeni di globalizzazione, venga dedotta appoggiandosi al rispetto del principio di non discriminazione nei confronti di concezioni e pratiche di vita che non sono state investite dai, o che comunque non si riconoscano nei, processi storici di introiezione dei paradigmi di libertà e di eguaglianza, e che in ragione di questa alterità possono presentare talvolta aspetti di drammatica divaricazione rispetto a principi costituzionali ampiamente consolidati.

Ora, a parte le questioni di carattere applicativo ricadenti nell'orbita delle modalità di esercizio delle libertà religiosa da parte dei singoli o dei gruppi, peraltro non sempre prive di un più esteso orizzonte problematico di ordine costituzionale²⁷; a parte ciò, si diceva, difficilmente appare applicabile il consueto schema generativo di nuovi diritti almeno nei termini messi in opera sin qui, quando tali rivendicazioni non trovino riscontro in specifici diritti costituzionali (essendo assai arduo attribuire una simile esorbitanza giustificativa al canone costituzionale di tutela delle minoranze); ed a maggior ragione non lo possano trovare nei principi enunciati in costituzione dal momento che neppure la più ampia riserva di "elasticità" permetterebbe di assimilare eventuali interpretative antitetiche ai paradigmi di libertà, eguaglianza e dignità della persona.

Per cui, alquanto scoordinate rispetto a tale impostazione appaiono quelle proposte che, adducendo la relatività di ogni valore e del concetto stesso di progresso a causa dell'ipoteca eurocentrica che si ritiene ne affliggerebbe la plausibilità, ipotizzano in vista della convivenza tra culture la via di fuga di un costituzionalismo *wertfrei*, dove la posizione gerarchica dell'atto superiore non troverebbe più alcuna corrispondenza nella validità condivisa dei suoi contenuti fondamentali, ma venendo meno così il mutuo legame tra riconoscimento di diritti ed integrazione della comunità che è stato il tratto caratteristico dell'esperienza costituzionale: non è detto in-

²⁷ Cfr. M. Belletti, *La tutela del sentimento religioso e il principio di laicità tra giurisprudenza della Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino 2012, 163 ss., spec. 169-171 sulla questione del "velo islamico"; in materia di libertà religiosa e luoghi di culto v. Corte cost., sentenza n. 63/2016.

somma che a questo punto il costituzionalismo debba recedere davanti al flusso della temporalità, rinunciando a fronteggiare “the perennial revolt against freedom”²⁸ e riducendosi tutt’al più ad amministrare neutre ed imponderabili procedure decisionali²⁹.

²⁸ K.R. Popper, *The open society and its enemies*, London 1968, vol. II, 61.

²⁹ Sul carattere sempre “insaturo” di ogni sistema di diritti, ma anche per il richiamo al fatto che la revoca del “grappolo di valori” che sono il lascito dell’illuminismo comporterebbe, e per “chiunque”, irreparabilmente “un’esperienza di perdita”, S. Veca, *Pluralismo ed incompletezza*, in *Omnia mutantur. La scoperta filosofica del pluralismo culturale*, Venezia 2014, 81. Per un durissimo dissenso nei confronti dell’ottica del multiculturalismo se intesa nel senso che non resterebbe più “niente da dire riguardo alla forma preferibile per la condizione umana”, Z. Bauman, *La cultura dalla costruzione della nazione alla globalizzazione*, in *Id., Per tutti i gusti. La cultura nell’età dei consumi*, Bari 2018, 65.