

Convegno annuale “Gruppo di Pisa” 2016  
Università di Cassino  
***Cos'è un diritto fondamentale?***

Elettra Stradella, Università di Pisa<sup>1</sup>  
***I diritti fondamentali nelle Corti.***

***Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato***

SOMMARIO

1. L'oggetto dell'indagine. Quale *fondamentalità*?
2. Analisi dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali attraverso gli indicatori di *fondamentalità* (nelle Costituzioni e nelle giurisprudenze costituzionali).
  - 2.1. Il riconoscimento espresso o implicito del diritto (vale a dire: “*Esistono diritti che non hanno domicilio costituzionale ma sono fondamentali?*”).
  - 2.2. La topologia del diritto.
  - 2.3. Le forme di giustiziabilità del diritto.
    - 2.3.1. Modalità di accesso alle Corti.
  - 2.4. Tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (vale a dire: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno?)*”).
    - 2.4.1. I “limiti ai limiti”.
    - 2.4.2. La titolarità dei diritti.
    - 2.4.3. Cenni alla questione dei diritti sociali (oltre la titolarità): il bilanciamento tra dimensione individuale del diritto e dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario, e la *fondamentalità* come spazio residuo.
  - 2.5. Diritti fondamentali e revisione costituzionale.
  - 2.6. Primi risultati: uno statuto della *fondamentalità*.
3. L'applicazione degli indicatori a due sistemi *sui generis*.
  - 3.1. La *fondamentalità* negli Stati Uniti d'America e nella giurisprudenza della Corte Suprema.
  - 3.2. La *fondamentalità* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.
4. In conclusione.

**1. L'oggetto dell'indagine. Quale *fondamentalità*?**

Prima di intraprendere l'indagine sulla valenza ontologica della nozione di *fondamentalità*, operando un'analisi della giurisprudenza di alcune Corti costituzionali e sovranazionali utile ad individuare che cosa, al di là dell'attributo nominalistico “fondamentale”, comporti effettivamente l'appartenenza a tale *species*, attraverso alcuni parametri che si ritiene possano guidare il tentativo, occorre premettere una pur limitata riflessione sulla definizione teorica e preliminare di diritto *fondamentale*.

In particolare, individuo un punto di partenza nella distinzione, ben chiarita da ultimo da Gianluigi Palombella, tra diritti umani e diritti fondamentali, dove i primi sono rappresentati dalla cifra dell'astrattezza, “condizione preziosa per la loro aspirazione o pretesa di «universalità»”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ricercatrice confermata di diritto pubblico comparato del Dipartimento di Giurisprudenza; elettra.stradella@unipi.it

<sup>2</sup> Cfr. G. Palombella, *La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2004.

Benché proliferino ormai i documenti che a livello internazionale o sovranazionale cercano di “positivizzare” i diritti, in realtà sarebbe proprio la loro dimensione kantiana, e quindi deontologica, a costituirne una forza che prescinde dall’azionabilità e prescrittibilità giuridica.

Significativo, da questo punto di vista, è anche il “linguaggio dei giuristi”: se gli studiosi di diritto internazionale, infatti, parlano generalmente di “diritti umani”, in quanto diritti per così dire senza ordinamento, fondati sulla dimensione consensuale e in taluni casi etico-morale, gli studiosi di diritto costituzionale (e non solo) preferiscono il *nomen* diritti fondamentali, in quanto diritti che trovano fondamento e sostanza all’interno di un ordinamento di riferimento<sup>3</sup>.

Ma tutti i diritti umani sono anche diritti fondamentali? Se fondamentali sono i diritti (lo dice in fondo la parola stessa) che sono assunti da una determinata società come essenziali per la sua sopravvivenza, allora i diritti umani sono anche diritti fondamentali nel momento in cui sono posti *a fondamento* di una comunità civile e politica, e delle relazioni che si sviluppano al suo interno<sup>4</sup>. Ecco allora che i diritti fondamentali, a differenza dei diritti umani, non possono essere astratti, ma si concretizzano nell’effettiva capacità di diventare obiettivi dell’ordinamento, orientanti le istituzioni: i legislatori, *in primis*, nell’elaborazione delle politiche pubbliche, e le Corti, *in secundis*, nella loro attività interpretativa.

A mio avviso proprio la concretizzazione segnata dal passaggio ai diritti fondamentali risponde tra l’altro ad uno dei principali problemi che le teorie dei diritti umani e la logica della giustizia su cui esse si fondano<sup>5</sup> pongono: il problema della natura escludente che reca con sé un modello astratto il quale, a partire dal contratto sociale di Locke, descrive un sistema essenzialmente individualistico e basato su presupposti che, come molte studiosi hanno sottolineato<sup>6</sup>, non tengono in considerazione le diversità e le deviazioni rispetto al paradigma maschile e liberale nel quale affondano le proprie radici, e tendono ad escludere, anche radicalmente, alcune “categorie” di soggetti che in vario modo esulano dal suddetto paradigma<sup>7</sup>.

Ciò significa che mentre una logica astratta di protezione dei diritti umani tende a non tenere conto delle differenze tra i soggetti potenziali beneficiari degli stessi e descrive un modello in ogni caso fondato su alcuni stereotipi a partire dai quali il diritto è elaborato e disciplinato, la dimensione concreta della tutela dei diritti fondamentali deve, e può, invece conseguire una maggiore effettività e rispondenza sia attraverso strumenti che garantiscono l’esigibilità dei diritti, sia attraverso la previsione di una sorta di pre-diritti volti a creare le condizioni in assenza delle quali il riconoscimento e la garanzia dei diritti non condurrebbe comunque alla realizzazione dell’eguaglianza e alla piena democraticità del sistema di riferimento<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Per questa suggestione, ringrazio Giacomo D’Amico, con il quale ho avuto modo di confrontarmi ampiamente nel corso dell’elaborazione dello scritto.

<sup>4</sup> Ci si potrebbe chiedere poi se, in concreto, non vi sia spesso una coincidenza sostanziale tra diritti umani e diritti fondamentali nelle scelte che i singoli ordinamenti operano. Ma mi pare che la risposta stia non tanto nei singoli diritti individuati dalle Costituzioni e dai legislatori come fondamentali, ovvero negli ambiti di condotta che questi riconoscono e proclamano, quanto piuttosto nell’essenza propria del diritto, che muterebbe a prescindere dal fatto che la relativa fattispecie concerna o meno il medesimo oggetto.

<sup>5</sup> Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 1971.

<sup>6</sup> Si vedano le riflessioni sull’etica della cura di C. Gilligan, *A different voice*, 1982. Sul versante opposto, neppure la dimensione dei diritti umani contemplata nella riflessione comunitarista e multiculturalista è scevra da profonde criticità, si pensi alle considerazioni di S.M. Okin, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, 1999, trad. it. Raffaello Cortina Editore, 2007, e Id., *Multiculturalismo e femminismo. Il multiculturalismo danneggia le donne?*, trad. it. M.C. Pievatolo, originally published in *Boston Review*, 1997.

<sup>7</sup> Il riferimento va chiaramente alle considerazioni di M. Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Belknap Pr, 2007, e alle sue impegnative riflessioni sullo “status” della disabilità nella citata prospettiva liberale e del contratto sociale. Ma la questione è rilevante anche con riguardo al problema della globalizzazione dei diritti umani e alla trasposizione del paradigma che essi rappresentano, e che definisce la tradizione giuridica occidentale, verso sistemi “altri”.

<sup>8</sup> L’esempio della disabilità risulta illuminante in questa prospettiva, non solo perché, parafrasando Isaiah Berlin, si potrebbe dire che la libertà ha ben poco valore per chi non riesce a muoversi da un letto, ma anche perché la

Altra premessa da porre è quella metodologica. Come si vedrà, non sono stati scelti ordinamenti da studiare in maniera sistematica, l'ambito non è stato circoscritto geograficamente, ma è l'oggetto specifico preso in considerazione che di volta in volta ha modellato i modi di indagine, in modo da poter ricomprendere in una trattazione unitaria una serie di profili tra loro molto eterogenei. Potrebbe sembrare un *cherry picking* quello che attraversa le varie fasi della ricerca, nella quale si susseguono riferimenti a sistemi diversi, si seleziona la giurisprudenza meritevole di attenzione sulla base di criteri non del tutto esplicitati, e, certamente, si omettono moltissimi dei riferimenti ulteriori, delle citazioni e dei luoghi per la comparazione che si sarebbero potuti prendere in considerazione data la vastità del tema e delle sue implicazioni. Ma proprio per la vastità del tema e le sue implicazioni, la scelta è stata quella di orientare lo studio intorno ad una tesi di fondo che corrisponde ad una metodologia: la definizione della *fondamentalità* attraverso gli indicatori, utilizzando le diverse esperienze e i casi analizzati al fine di tracciare un quadro complessivo da cui emergano, attraverso gli indicatori, alcune tendenze nella protezione dei diritti fondamentali.

## **2. Analisi dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali attraverso gli indicatori di *fondamentalità* (nelle Costituzioni e nelle giurisprudenze costituzionali).**

Va precisato: in nessun modo si intende sostenere assiologicamente che i diritti fondamentali sono quello che dicono le Corti. Ma se è vero che essi vivono nelle scelte delle Costituzioni e dei legislatori, le Corti costituzionali attraverso l'interpretazione ne tracciano i confini e ne guidano l'applicazione<sup>9</sup>.

Utilizzare un approccio propriamente positivistico, fedele e fiducioso nei confronti del legislatore e più scettico nei confronti del giudice, avrebbe richiesto di prendere le mosse dalle previsioni legislative in materia di diritti, al fine di verificare quanto i legislatori, nei diversi ordinamenti, abbiano attuato il dettato costituzionale in materia di diritti fondamentali, e quanto e in quali modi le Corti costituzionali abbiano o meno censurato l'eventuale "sviamento" del legislatore dalle relative previsioni costituzionali. Insomma, considerare i diritti fondamentali meramente, o a partire, dalle disposizioni legislative, sulla scorta dell'assetto costituzionale dei rapporti tra i poteri, risulterebbe quasi anacronistico, basti pensare al ruolo attuale degli Esecutivi nella produzione normativa. Sostenere assiologicamente che i diritti fondamentali sono quello che dicono i legislatori, dunque, rischierebbe di porre la *fondamentalità* in balia non soltanto delle maggioranze politiche (ciò che, in linea di principio, avviene in ogni caso in cui spetti alla legge ordinaria disciplinare una materia), ma della maggioranza per come agisce attraverso il governo, quindi, spesso, in assenza di forme di coinvolgimento, partecipazione, garanzia per le minoranze politiche. E' proprio la natura intrinsecamente costituzionale della *fondamentalità* a richiedere uno studio del valore attribuito ai singoli diritti che non dia necessariamente più peso a quello che la legislazione prevede con riguardo ad un determinato diritto costituzionale rispetto che ad un sistema di altri indicatori che illustrino sia l'effettività sia il "peso" costituzionale del diritto.

---

costruzione stessa del diritto presuppone quale destinatario e attuatore un soggetto realmente inesistente, coerente, razionale, perfettamente in grado di scegliere liberamente, di essere perciò considerato responsabile delle sue azioni e avente a disposizione un ampio raggio di possibilità di attuazione della propria personalità. Più specificamente, come molte studiosi sottolineano (cfr. M.V. Rodriguez, *Pedagogy in Law: Ideas for Integrating Gender Into Legal Education*, in *American Journal of Gender Social Policy and Law*, 1998-1999, p. 267), il diritto, e il sistema dei diritti, sia in Europa sia negli Stati Uniti è sostanzialmente disegnato intorno al soggetto protagonista del Codice civile napoleonico: uomo, bianco, eterosessuale, ordinariamente abile e appartenente ad una classe sociale medio-alta.

<sup>9</sup> Mi pare del tutto condivisibile l'autorevole osservazione per cui "il legislatore, nell'epoca contemporanea, è costretto a inseguire la giurisprudenza che, per la sua fluidità, registra con più immediatezza le esigenze di tutela che provengono dalla società, le conforma in schemi giuridici sempre più definiti e le pone come basi per una successiva razionalizzazione normativa", cfr. G. Silvestri, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 3408.

Per qualificare i diritti fondamentali si ritiene perciò rilevante studiare gli ordinamenti attraverso alcuni indicatori che sembrano descrivere le caratteristiche della fundamentalità all'interno del sistema e possono consentire l'individuazione, in ogni ordinamento, dei diritti ai quali effettivamente esso attribuisce tale "forza".

Va precisato che tali indicatori possono essere considerati ad un contempo causa ed effetto di *fundamentalità*: nel senso che in alcuni casi la fundamentalità del diritto deriva dalle modalità con le quali l'indicatore si sviluppa nell'ordinamento, in altri è la natura fondamentale del diritto ad implicare un certo atteggiarsi dell'elemento/istituto indicatore all'interno dell'ordinamento.

Si pensi ad esempio alla giustiziabilità, in particolare sotto il profilo della modalità di accesso, sulla quale ci si soffermerà in seguito (v. 2.3.1): se l'esistenza di canali di accesso diretto è sintomo, negli ordinamenti che la prevedono, del carattere fondamentale del diritto per il quale sono previsti, la stessa fundamentalità del diritto determina l'esigenza di garantire un certo tipo di giustiziabilità. Questo non significa, seguendo l'esemplificazione, che l'assenza di accesso diretto all'interno di un ordinamento comporti l'assenza di diritti qualificabili come fondamentali, in presenza di forme alternative in grado in ogni caso di garantire la giustiziabilità, poiché ogni indicatore deve essere valutato ordinamento per ordinamento alla luce delle caratteristiche del sistema nel suo complesso.

Da un'osservazione probabilmente superficiale, e che meriterebbe ulteriori approfondimenti, ma che ritengo comunque attendibile nell'elaborazione di una bussola con cui spingermi alla ricerca della fundamentalità, si possono individuare cinque indicatori che risultano più significativi degli altri, e che saranno perciò presi in considerazione: 1) il riconoscimento espresso o implicito del diritto; 2) la topologia del diritto; 3) le forme di giustiziabilità del diritto (enucleandosi all'interno di questo indicatore quello relativo alle modalità di accesso alle Corti); 4) le tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (sia attraverso la costruzione di "limiti ai limiti", sia attraverso la geometria variabile della titolarità del diritto stesso); 5) il rapporto con la revisione costituzionale.

## **2.1. Il riconoscimento espresso o implicito del diritto (vale a dire: "Esistono diritti che non hanno domicilio costituzionale ma sono fondamentali?").**

Attraverso l'indicatore relativo al riconoscimento espresso o anche implicito del diritto, si può cercare di rispondere al quesito: "Esistono diritti che non hanno domicilio costituzionale ma sono fondamentali?".

Se si cerca di rispondere al quesito con riferimento all'ordinamento italiano, si verifica subito come il dibattito circa il carattere aperto o chiuso dei cataloghi costituzionali dei diritti sia stato particolarmente significativo.

Già Barbera, nella prima riflessione sull'art. 2, Cost., pur dando spazio alla teoria della natura aperta della clausola costituzionale in materia di diritti, paventava il rischio insito nell'attribuzione ad un «corpo separato» come la Corte un potere ancora più ampio e incisivo, tale da restringere l'ambito di azione del potere politico", soprattutto di un potere politico trasformato e rinnovato, propenso ad un'effettiva realizzazione dei diritti costituzionali<sup>10</sup>. E la stessa Corte, come ricordato da Barbera, proprio per arginare le spinte provenienti dalle magistrature inferiori, aveva in diversi casi attribuito alla fattispecie di cui all'art. 2, Cost. un carattere soltanto riassuntivo e quindi introduttivo delle libertà espressamente tutelate nel testo costituzionale<sup>11</sup>.

Ma sia la riflessione giuridica sia la giurisprudenza costituzionale hanno nel tempo superato i timori iniziali per coinvolgere il legislatore in un progetto di concretizzazione dei principi costituzionali attraverso una politica del diritto costituzionalmente orientata e tesa alla piena realizzazione della dignità sociale della persona di cui all'art. 3, Cost.

---

<sup>10</sup> Cfr. A. Barbera, *sub art. 2, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 92.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

Esistono dunque certamente diritti che non hanno domicilio costituzionale ma che in virtù della connessione costituzionale determinata dalla fattispecie di cui all'art. 2, Cost. possono assumere il carattere della fundamentalità, qualora sussistano altri elementi che contribuiscano a configurarne tale natura.

Non va invece confusa con questa prospettiva quella della c.d. “massima espansione” delle libertà e dei diritti fondamentali, “formula atta a descrivere il progressivo ampliamento del novero e della portata delle libertà fondamentali”, ma anche come “una sorta di obiettivo verso cui deve tendere l'attività di interpretazione delle formule costituzionali”<sup>12</sup>. Infatti, la regola, la cui originaria formulazione si deve a Paolo Barile<sup>13</sup>, di generale preferenza verso un'interpretazione estensiva della libertà e dei diritti sanciti dalla Costituzione, è anzi spesso riconnessa ad un'interpretazione chiusa, e non aperta, della fattispecie di cui all'art. 2, Cost.<sup>14</sup>, e servirebbe non certo ad ampliare il novero dei diritti la cui inviolabilità (e, dunque, forse, fundamentalità) è sancita nella Costituzione, bensì a favorire l'espansione dei diritti espressamente individuati nel testo costituzionale fino ai contenuti da questi necessariamente conseguenti: la fundamentalità, dunque, sarebbe e starebbe nei confini della Parte I della Costituzione, e gli stessi articoli 53 della Cedu e della Carta di Nizza<sup>15</sup>, pure nelle differenze sussistenti tra i due e nella capacità del secondo di orientare inequivocabilmente verso un'interpretazione dei diritti “che non pregiudichi né sminuisca il significato dei diritti garantito vuoi dalle Costituzioni nazionali degli stati membri, vuoi da altri strumenti internazionali di tutela”<sup>16</sup>, non farebbero che confermare un criterio estensivo che, comunque, si dipanerebbe verticalmente, vale a dire nella profondità del contenuto del diritto fondamentale<sup>17</sup>, ma non orizzontalmente, nella generazione, a partire dal diritto, di altri diritti.

---

<sup>12</sup> Cfr. G. D'Amico, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. Pin (a cura di), *Il diritto e il dovere di uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 18.

<sup>13</sup> Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, spec. p. 41 ss.; si veda la lettura che ne fa G. D'Amico, *ibidem*.

<sup>14</sup> Per questa tesi, cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionale*, Padova, Cedam, III edizione, 2003, *passim*.

<sup>15</sup> Com'è noto, il primo, rubricato (a partire dal 1998) *Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti*, prevede che “Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'Uomo e alle Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte, e il secondo che “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

Un'interpretazione che individua nella *Grundnorm* della migliore tutela il punto di partenza per il superamento dell'idea della “Costituzione quale unico punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento e, per ciò pure, quale il solo punto di riferimento dei diritti, specie di quelli maggiormente bisognosi di garanzia”, a favore di un “ordine «intercostituzionale», caratterizzato da un «gioco» cui la Costituzione e le altre Carte (e queste ultime *inter se*) danno vita combinandosi in vario modo”, è quella di A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Giur. Cost.*, II/2015, spec. p. 551.

<sup>16</sup> Cfr. M. Cartabia, *Art. 53*, in Id., R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 364.

<sup>17</sup> Criterio che, secondo Barile, è ben illustrato nella sent. n. 98/1979 della Corte costituzionale, in materia di identità sessuale. In questo caso la Corte, ritenendo che l'art. 2, Cost. non ponga fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica in quanto la “libertà del comportamento sessuale” può essere affrontata dal legislatore in modi diversi, anche con riferimento al matrimonio (e qui la Corte individua un legame evidente tra diritto all'identità sessuale e – eventuale – diritto al matrimonio), ma comunque non può essere affrontata in termini di costituzionalità o meno di interventi che ne limitino l'estrinsecazione, non trattandosi di diritto inviolabile *ex art. 2, Cost.* Ciò in quanto l'art. 2, Cost., “nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, che costituiscono patrimonio irrettabile della sua personalità, deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali (sentenze nn. 11/1956, 29/1962, 1, 29 e 37/1969, 102 e 238/1975), quanto meno nel senso che non

Al contrario, lo sviluppo del riconoscimento ultracostituzionale del diritto si realizza (anche) attraverso il ruolo svolto dall'interpretazione evolutiva delle Corti.

Si ricordi l'illuminante constatazione di Pierandrei<sup>18</sup>, secondo il quale “se l'interpretazione delle norme giuridiche in generale presenta e non può non presentare carattere evolutivo, evolutiva in modo eminente è l'interpretazione delle regole costituzionali”, e tra queste proprio quella dei diritti fondamentali: l'interpretazione evolutiva delle Corti rappresenta la chiave di lettura della fondamentalità dei diritti, e consente in ultima analisi di offrire una risposta positiva al quesito posto<sup>19</sup>.

Se è vero d'altra parte, come autorevolmente sottolineato<sup>20</sup>, che l'interpretazione “evolutiva” non consiste di “un particolare metodo o criterio, da adoperare in concorso con altri, ma di un carattere che l'interpretazione giuridica logicamente assume”, ovvero, come spiegato da altri Maestri<sup>21</sup>, che “non tanto l'interpretazione può evolversi quanto non può non evolversi”, occorre comprendere in quale misura tale evoluzione sia determinante nella determinazione quantitativa e qualitativa della fondamentalità.

La risposta positiva al quesito accomuna sostanzialmente tutte le esperienze prese in considerazione. Nel sistema costituzionale tedesco, l'art. 2, I, funge da ancoraggio e da base costituzionale per l'emergere e lo sviluppo di “nuovi diritti”, concretizzati nell'applicazione costituzionale e considerati come diritti dotati di una propria autonomia. Nell'ordinamento tedesco questi prendono il nome di libertà innominate (*unbenannte Freiheitsrechte*), e si originano in particolare dal combinato disposto della disposizione menzionata con la norma fondamentale di cui all'art. 1, I, com'è noto contenente il concetto basilare relativo alla dignità umana: è tale interconnessione a originare un diritto, generale e fondamentale, alla personalità, che protegge la riservatezza così come l'identità sessuale, ma comprende anche tutte le forme di autorappresentazione all'interno della sfera pubblica e fonda il diritto a vedere tutelata la propria immagine e l'utilizzo di eventuali riproduzioni della stessa sulla carta stampata o in televisione.

E' naturalmente il Tribunale costituzionale che, utilizzando il combinato disposto citato, dà vita interpretativamente a fattispecie non direttamente conosciute nel testo costituzionale, quale il diritto *auf informationelle Selbstbestimmung* (BVerfGE 65, 1 dicembre 1983), quando, decidendo circa la costituzionalità di alcune previsioni del *Volkszählungsurteil*, adottate addirittura all'unanimità da parte del *Bundestag* ma molto discusse, e impugnate anche da parte di diverse associazioni di fronte al Tribunale costituzionale, ha affermato che il sistema dei diritti fondamentali garantisce la possibilità per l'individuo di stabilire la diffusione e l'utilizzo dei suoi dati personali, e ha enucleato appunto un diritto all'autodeterminazione informativa, interpretata dalla Corte come il potere del soggetto di decidere autonomamente, in base alla propria idea di autodeterminazione, quando ed entro quali limiti le informazioni relative alla sua vita privata possano essere comunicate ad altri<sup>22</sup>.

Più di recente, il Tribunale ha esteso questo concetto e ha generato un altro diritto “nuovo”, che garantisce la confidenzialità e l'integrità dei sistemi di processamento dei dati (120 BVerfGE, 274).

---

esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti”.

<sup>18</sup> Cfr. *L'interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, 1952, spec. p. 509.

<sup>19</sup> Sull'interpretazione giuridica e i suoi canoni, ormai cfr. F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 2009; sull'interpretazione costituzionale e il suo ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, da ultimo l'interessante volume di T. Guarnier, *Interpretazione, Costituzione e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, 2014.

<sup>20</sup> Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 833.

<sup>21</sup> Cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 1940.

<sup>22</sup> Cfr. A. Rouvroy – Y. Poullet, *The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the importance of Privacy for Democracy*, in AAVV., *Reinventing Data Protection?*, 2009.

Proprio l'interpretazione dell'art. 2, I trasforma così un catalogo di diritti privo di sistematicità in un sistema coerente di diritti fondamentali, colmando quelle zone di protezione inevitabilmente lasciate sguarnite dalla natura storicamente contingente della formazione dei *Bill of Rights*, e dando così vita ad un sistema comprensivo di protezione dei diritti fondamentali senza vuoti di tutela<sup>23</sup>.

Nel diritto francese, in particolare attraverso la nozione di *bloc de constitutionnalité* (su cui v. 2.2), dichiarazioni e preamboli contenenti l'enunciazione di diritti fondamentali si integrano all'interno del sistema costituzionale e nonostante le proposte di legge costituzionale che negli anni hanno inteso sottrarre la Dichiarazione del 1789 e il Preambolo del 1946, o in alcuni casi entrambi, al blocco di costituzionalità, esse non sono mai state prese in considerazione ed hanno anzi mostrato che sarebbe praticamente impossibile intervenire su questi testi<sup>24</sup>. Detto questo, l'apertura che caratterizza ordinamenti come quello italiano e quello tedesco (per non parlare, come si vedrà, di quello statunitense) non può essere ugualmente riconosciuta all'ordinamento francese. E' vero infatti che se si guarda al contenuto stesso del blocco, esso comprende anche i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, che in quattro casi concernono proprio diritti e libertà (diritto alla libertà di associazione, alla libertà di insegnamento, universitaria e diritto alla difesa), ma d'altra parte il *Conseil constitutionnel*, rintracciando in modo assai limitato all'interno delle leggi della Repubblica la presenza di diritti e libertà in grado di assurgere al livello della fundamentalità (solo in quattro occasioni, appunto, e mai di recente), sembra aver escluso un'apertura incondizionata<sup>25</sup>, che comunque non potrebbe poggiare su una clausola costituzionale a ciò preposta (a meno che sufficiente allo scopo non si ritenga la disposizione del 1946 richiamante appunto tali principi).

Diversa la scelta costituente spagnola, dove l'"*artículo pòrtico*", cioè l'art. 10, autoconferendosi un valore supercostituzionale, stabilisce che i diritti inviolabili che ineriscono alla persona costituiscono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale, ma soprattutto, al comma 2, afferma come le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce vanno interpretate in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con le altre norme di derivazione internazionale ratificate dalla Spagna<sup>26</sup>. In questo modo, l'apertura della fattispecie guarda in particolare all'elaborazione operata a livello internazionale (anche per ragioni connesse al momento storico in cui la Costituzione spagnola viene scritta), come confermato dal *Tribunal Constitucional* che interpreta la scelta del costituente come riconoscimento della volontà di appartenenza ad un ordinamento giuridico internazionale che individua nella protezione dei diritti umani la base fondamentale dell'organizzazione dello Stato<sup>27</sup>.

L'intersezione tra natura aperta del catalogo dei diritti (comune pressoché a tutte le esperienze prese in considerazione, sia che si tratti di un'apertura espressa e non interpretabile, come nel caso del Nono Emendamento della Costituzione statunitense sul quale ci si soffermerà, sia che si opti per l'impostazione opposta, come nell'art. 16, c. 1 della Costituzione portoghese, dove si dichiara che i diritti fondamentali enunciati dalla Costituzione non escludono gli altri diritti derivanti dalle leggi e dalle regole applicabili del diritto internazionale, sia che sia frutto del formante dottrinale e giurisprudenziale) ed interpretazione evolutiva, sembra porre un altro quesito rilevante: "*La fundamentalità può essere letta soltanto sincronicamente, o anche diacronicamente?*".

<sup>23</sup> Cfr. W. Heun, *The Constitution of Germany. A Contextual Analysis*, 2011.

<sup>24</sup> Cfr. L. Favoreu et. al, *Droit constitutionnel*, 2010, p. 882 ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Su questo particolare obbligo di interpretazione conforme (ai trattati internazionali) cfr., M.A. Aparicio Pérez, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la Democracia*, 6/1989, 9 ss., e A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, spec. p. 392 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Trib. Const., sent. 91/2000.

Tornando alla premessa, sembra associarsi alla concretezza<sup>28</sup> dei diritti fondamentali una dimensione sincronica: è fondamentale quello che *hic et nunc* è trattato come tale, come tale reso operante all'interno della società, nelle relazioni tra individui e pubblici poteri, e tra soggetti in senso orizzontale<sup>29</sup>. Ma tale risposta è provvisoria e parziale, e dovrà confrontarsi in particolare con quanto emergerà nell'applicazione degli indicatori relativi alle forme di giustiziabilità e alla definizione del contenuto essenziale dei diritti.

## 2.2. La topologia del diritto.

La topologia del diritto, vale a dire la sua collocazione e quindi il parametro utilizzato dalle Corti per il richiamo del diritto medesimo, trova, o meglio ha trovato, un certo rilievo nel sistema francese, dove, almeno fino ad un certo momento, la topologia dei diritti fondamentali ha corrisposto ad una gerarchizzazione tra gli stessi, riscontrata in particolare dall'analisi della giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*. Il riferimento va alla sentenza del 16 gennaio 1982, interpretata inizialmente come consacrate una gerarchia tra i diritti e le libertà proclamate dalla Costituzione del 1946 e quelle contenute nella Dichiarazione del 1789<sup>30</sup>. Questa interpretazione, che pure per un po' ha avuto seguito, è stata poi abbandonata sia reinterpretando la sentenza citata<sup>31</sup>, sia per i chiarimenti successivamente intervenuti da parte dello stesso *Conseil*. Oggi il *bloc de constitutionnalité* consente al *Conseil* di effettuare un controllo sulle leggi particolarmente penetrante<sup>32</sup>, e fondato su un combinato disposto di norme di provenienza non esclusivamente e strettamente costituzionale (si pensi ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, per come richiamati dal preambolo della Costituzione del 1946 e dunque indirettamente inclusi nel parametro di costituzionalità a partire dalla sentenza del 16 luglio 1971 del *Conseil* con la quale è costituzionalizzato il Preambolo della Costituzione della V Repubblica e con questo il precedente da esso richiamato). Basti pensare alla libertà di insegnamento, la quale non è presente in alcuno dei testi costituzionali, ma rappresenta un principio fondamentale riconosciuto dalla legge, secondo quanto stabilito dalla decisione del *Conseil* del 23 novembre 1977 che, facendo riferimento alla legge finanziaria del 31 marzo 1931, ha affermato che la garanzia della libertà di insegnamento è uno dei principi fondamentali della Repubblica.

Certamente va sottolineato che, poiché uno stesso diritto fondamentale può avere la sua collocazione in più di un testo e risultare protetto da norme costituzionali aventi genesi diversa tra loro, una collocazione per così dire multipla del diritto può rinforzare la sua posizione ed il suo

---

<sup>28</sup> Concretezza che vive, naturalmente, della loro concretizzazione, cfr. V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale scientifica, 2015.

<sup>29</sup> Sull'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali rilevante è il contributo del Tribunale costituzionale tedesco, e si rinvia in questa sede alla relazione di Alessandra Di Martino.

<sup>30</sup> Si tratta della nota sentenza sulle nazionalizzazioni che afferma il carattere fondamentale della Dichiarazione, contenente norme che il *Conseil* è chiamato ad utilizzare come parametro, in quanto aventi "pieno valore costituzionale", è il caso del diritto di proprietà che veniva in gioco nel caso di specie.

L'affermazione rilevante nel condurre ad un'interpretazione gerarchica delle norme è quella secondo la quale il Preambolo della Costituzione del 1946 intenderebbe unicamente completare i principi proclamati nel 1789 con altri nuovi resi necessari dall'evoluzione storica e sociale. La Dichiarazione rivoluzionaria avrebbe infatti "pieno valore costituzionale", e ciò sarebbe confermato dalle ripetute adesioni del popolo a questo documento: prima col rifiuto, in occasione del referendum del 5 maggio 1946, di un progetto di Costituzione che si apriva con una nuova Dichiarazione, poi con l'approvazione della Costituzione del 1946 in cui si riaffermavano "*des droits et des libertés consacrés par la Déclaration de 1789*", e infine con la Costituzione della V Repubblica, nella quale sono garantiti i diritti "*tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789*". Cfr. M. G. Rodomonte, *Conseil constitutionnel, Corte costituzionale e norma parametro. Qualche spunto per una comparazione sul ruolo interpretativo del giudice costituzionale in Francia e in Italia*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2008, Napoli, Jovene, p. 157 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. Vedel, *La Déclaration universelle des Droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz*, 1949, p. 372 ss.

<sup>32</sup> Cfr. L. Favoreu, cit., e Id., *Courts constitutionnels et droits fondamentaux*, Parigi, PUAM, 1982.



valore, basti pensare al principio di eguaglianza che si rintraccia nella Dichiarazione del 1789, nel Preambolo del 1946 e nella Costituzione della V Repubblica, come accade d'altra parte alla libertà di coscienza. Non è poi pacifico, nel senso che sul punto la dottrina si divide<sup>33</sup>, se al fine di offrire tutela ad un diritto fondamentale che trova riconoscimento sia in uno dei testi "direttamente" costituzionali sia attraverso l'enucleazione da parte di una legge della Repubblica e il successivo riconoscimento in sede interpretativa, sia indifferente o meno il richiamo ai primi piuttosto che alla seconda. Qualora ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica si dovesse riconoscere una natura sussidiaria, prevarrebbe allora il richiamo alle altre fonti, ovviamente per i diritti che trovino una (almeno) duplice collocazione. Il caso della libertà di coscienza è significativo perché, pur essendo stata riconosciuta anche all'interno della fonte legislativa, il suo appiglio costituzionale originario ne fa una delle "norme superfondamentali" o autenticamente fondamentali, all'interno del sistema francese.

Una rilevanza un po' peculiare assume la topologia nel sistema costituzionale italiano per quanto riguarda il rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda della Costituzione. In questo caso, infatti, essa non rileva tanto ai fini di stabilire una connessione tra luogo del diritto e grado di fundamentalità dello stesso, poiché tutti i diritti trovano collocazione nella Prima Parte (e, semmai, riconoscimento attraverso i Principi fondamentali), quanto piuttosto per l'individuazione dei diritti potenzialmente soggetti all'impatto esercitato sulla loro tutela dalle norme organizzative e di funzionamento contenute nella Parte Seconda, con le conseguenze derivanti da eventuali revisioni costituzionali che non interessino direttamente i diritti ma incidano inevitabilmente sulla loro fundamentalità (v. 2.4).

La rilevanza della topologia non è poi assente da altre esperienze costituzionali, anche se non in maniera per così dire esplicita come nel caso francese. Mi riferisco a quanto accaduto in Germania quando l'art. 102 della Legge Fondamentale ha introdotto l'abolizione della pena di morte, "*Die Todesstrafe ist abgeschafft*": l'inserimento della norma nella parte organizzativa della Costituzione, e non tra le disposizioni-principio, ha contribuito a rendere il divieto per lo meno potenzialmente discutibile, basti pensare all'emergere, già negli anni immediatamente successivi all'approvazione del testo costituzionale, di proposte tese alla reintroduzione della pena, e al fatto che si dovrà attendere il 1953 per una modifica del Codice penale volta a prevedere l'ergastolo come pena massima per il delitto di omicidio<sup>34</sup>.

### **2.3. La forme di giustiziabilità del diritto.**

L'aspetto relativo alle forme della giustiziabilità dei diritti risulta evidentemente centrale nello studio. Tra i vari indicatori di fundamentalità, questo interroga infatti direttamente le Corti, mettendo in luce le tecniche da esse utilizzate per garantire i diritti, le tipologie di scrutinio prescelte a seconda dei diritti in gioco, e, *in primis*, le modalità di accesso.

#### **2.3.1. Le modalità di accesso alle Corti.**

---

<sup>33</sup> Cfr. B. Genevois, *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1998.

<sup>34</sup> Sul tema cfr. P. Passaglia, *L'abolizione della pena di morte: una peculiare tradizione costituzionale comune agli Stati membri dell'UE*, in G. Campanelli – F. Dal Canto – E. Malfatti – S. Panizza – P. Passaglia – A. Pertici, *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, *Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 207 ss., e Id., *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Pisa, Mnemosyne, 2012.

Con riferimento alle modalità di accesso, un discrimine fondamentale è certamente quello tra le Costituzioni che prevedono il ricorso diretto dinanzi i Tribunali costituzionali per la tutela giudiziale dei diritti fondamentali, e quelle che non lo prevedono<sup>35</sup>.

Particolare attenzione merita quindi il caso spagnolo, dove la Costituzione individua espressamente, all'art. 53, c. 2, l'elenco di diritti (quelli di cui alla prima sezione del Capitolo II del Titolo I della Costituzione) che possono essere tutelati con un procedimento preferenziale e sommario innanzi ai tribunali ordinari, "e, se del caso, mediante ricorso di *amparo* presso il Tribunale costituzionale". Dunque i diritti fondamentali la cui violazione può essere oggetto di ricorso di *amparo* sono quelli espressamente stabiliti dalla Costituzione all'art. 14 e nella citata sezione, nonché il diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare (art. 30, c. 2, Cost. sp.), ma è poi lo stesso *Tribunal Constitucional* a delimitare la portata del ricorso diretto ritenendo che non tutti i diritti compresi in quelle disposizioni possano formare oggetto di ricorso di *amparo* e, specularmente, non escludendo che norme in materia di diritti non ricomprese in queste disposizioni possano rappresentare il parametro di riferimento per il ricorso di *amparo*<sup>36</sup>. Si segnala ad esempio la sent. n. 26/1987 con la quale ha ammesso la possibilità di presentare ricorso di *amparo* con riferimento all'art. 27, c. 10, sull'autonomia universitaria, non disciplinante un diritto fondamentale quanto piuttosto una garanzia istituzionale connessa ad un dovere costituzionale.

Il ricorso di *amparo*, è noto, non è conosciuto soltanto nell'esperienza spagnola e riguarda anzi molteplici esperienze costituzionali, presentando peraltro caratteristiche diverse in termini di disciplina dell'istituto, tanto da aver spinto gli interpreti verso il tentativo della costruzione di un figurino contenente tutti i requisiti essenziali all'istituto per poter essere ricondotto, per natura e funzioni, al *nomen* formale indicativo di questa tipologia di ricorso, da intendersi, ormai, come quel "rimedio giurisdizionale di natura processuale esperibile direttamente dall'individuo contro la violazione di un diritto fondamentale operata dai pubblici poteri"<sup>37</sup>.

Per ciò che qui interessa, negli ordinamenti che lo contengono esso rappresenta un importante sintomo della fundamentalità del diritto del quale garantisce il rispetto di fronte ai pubblici poteri.

Una qualche analogia può essere intravista, pur con le differenze sostanziali che si metteranno in evidenza, con l'istituto della difesa civica. Certamente, in Spagna esso è complementare, se non almeno in parte strumentale al ricorso diretto, infatti il primo comma dell'art. 162 sancisce la legittimazione a presentare ricorso anche al *Defensor del Pueblo*. Ma negli ordinamenti che non prevedono il ricorso diretto, l'istituzione di una figura come quella del difensore civico (o mediatore, secondo la denominazione che assume nell'ordinamento dell'Unione europea) può avere un certo rilievo anche nella definizione della fundamentalità dei diritti.

In linea di principio si può affermare che ogni istituto di difesa civica è direttamente collegato all'ente che lo ha istituito e la sua competenza è limitata agli atti ed ai provvedimenti da esso emanati, riguardando peraltro esclusivamente atti di natura amministrativa. E' vero d'altronde che la natura paragiurisdizionale delle funzioni che i difensori civici, variamente disciplinati nei diversi ordinamenti europei, svolgono, e la progressiva valorizzazione del ruolo di mediazione del

---

<sup>35</sup> La considerazione del ricorso diretto individuale come lo strumento più rispondente ad un'esigenza di tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali, tanto da farne il criterio di distinzione tra modelli di giustizia costituzionale, ed in particolare di giustizia costituzionale in quanto istituto finalizzato alla tutela dei diritti fondamentali, è già di L. Paladin, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 1988, p. 12 ss.

<sup>36</sup> Cfr. L.M. Diez-Picazo, *Il ricorso di amparo nel diritto spagnolo*, in R. Tarchi (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 143 ss.

<sup>37</sup> Cfr. S. Panizza, *Il ricorso diretto dei singoli*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 85.

Difensore, sintomatico di una più ampia funzione di “*advocacy*”<sup>38</sup>, sono potenzialmente in grado di offrire tutela (sebbene in parte indiretta) ai diritti, contribuendo a definirne l’effettività e, nella prospettiva prescelta, la fundamentalità.

Il difensore civico, descritto come “magistrato di persuasione”, “magistrato naturale dei diritti umani”<sup>39</sup>, ovvero come soggetto pubblico detentore di un particolare status derivante dal suo ruolo nella protezione e nella diffusione della cultura dei diritti fondamentali<sup>40</sup>, fungendo da cinghia di trasmissione tra cittadini e pubbliche amministrazioni se non in via ordinaria per lo meno nella conflittualità, emergente o latente, contribuisce nell’esercizio delle sue funzioni a rafforzare la tutela di determinati diritti, sia attraverso una sorta di anticipazione della tutela in sede pre-giurisdizionale, sia attraverso il controllo sull’attività degli organi (amministrativi) preposti ad attuare la legge e tradurre in atti e provvedimenti la politica del diritto.

In materia di enucleazione della fundamentalità, se si guarda ad esempio al sistema italiano, è significativo come nell’individuazione dei soggetti ai quali è riconosciuta la legittimazione attiva nei confronti del Difensore civico gli interventi legislativi in materia dedichino una particolare attenzione ad alcune categorie che si trovano in una posizione di vulnerabilità: il diritto sembra in qualche modo acquisire una particolare forza quando a pretenderne l’effettività sono i soggetti che all’interno della comunità civile e sociale incontrano maggiori difficoltà nella piena realizzazione della propria personalità *ex art. 2, Cost. Malati, disabili, anziani, minori, sono riconosciuti dal legislatore come soggetti la cui attuale o potenziale fragilità incide sulla natura, se non sull’estensione, dei rispettivi diritti costituzionali, fino a rendere necessaria la previsione di ulteriori forme di tutela e specifici canali di accesso*<sup>41</sup>.

Conferma dell’interpretazione che qui si offre dell’istituto della difesa civica rispetto all’accesso alla tutela dei diritti fondamentali viene dal livello europeo, dove a garanzia della fundamentalità riconosciuta ad alcuni diritti è posta la figura del Mediatore europeo, definita dall’art. 195 del Trattato di Maastricht, e in grado, soprattutto in presenza di un’interpretazione ampia degli atti di portata generale si cui è abilitato ad intervenire, di entrare nel sistema delle garanzie dei diritti fondamentali. E’ significativo, peraltro, il ruolo che l’esistenza stessa del Mediatore rappresenta rispetto al diritto di azione nei confronti di atti che difficilmente si prestano ad un accesso agli strumenti di tutela giurisdizionale.

#### **2.4. Tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (vale a dire: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno)?*”).**

Altro elemento da considerare è quello relativo alla tecnica di individuazione del *contenuto essenziale* del diritto al fine di apprestare a questo, e solo a questo, la tutela costituzionale formalmente garantita al diritto fondamentale nel suo raggio completo.

---

<sup>38</sup> Intesa come attività che si occupa di tutelare tutte quelle situazioni riferite al disagio sociale che necessitano di una particolare tutela giuridica, cfr. A. Ardigò, *Riflessioni critiche e idee per gli sviluppo del volontariato di advocacy*, in *Studi Zancan*, 2003, pp. 18-19; e M. Giordano, *La funzione del volontariato di advocacy*, in *Studi Zancan*, n. 1/2003, p. 20 ss.

<sup>39</sup> Cfr. A. Papisca, *Difensore civico, ovvero magistrato naturale dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell’uomo, diritti dei popoli*, IV, n. 2/1990, p. 9 ss.

<sup>40</sup> Cfr. A. Papisca, *Riflessioni sulla difesa civica nel sistema delle garanzie dei diritti umani*, in *Pace, diritti dell’uomo, diritto dei popoli*, VII, n. 1/1993, p. 49 ss.

<sup>41</sup> Si tratta, in taluni casi, di poteri “speciali” ricondotti all’istituto della difesa civica, in quanto ulteriori rispetto alle competenze generalmente attribuite al difensore civico. Ad esempio in materia di disabilità, il Difensore civico italiano, sulla base della l. n. 104/1992, ha il potere di costituirsi come parte civile nei processi penali per i reati di particolare gravità commessi contro una persona portatrice di handicap. In altri casi, si tratta della vera e propria istituzione di organi speciali, specificamente chiamati a tutelare i diritti (fondamentali) di alcuni soggetti: si pensi al Garante per i diritti dei detenuti o all’Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza.

L'osservazione dell'utilizzo di tale tecnica consente di rispondere al quesito: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno)?*”. L'utilità di tale tecnica per individuare una risposta all'interrogativo emerge soprattutto negli ordinamenti dove non sia possibile costruire una gerarchia tra i diritti in quanto non esiste un meccanismo di ricorso diretto paragonabile all'*amparo*, né sono introdotti parametri diversi di costituzionalità “geograficamente” connotati.

#### **2.4.1. I “limiti ai limiti”.**

A partire dal *Grundgesetz*, che all'art. 19, II prevede che in nessun caso si possa attentare alla sostanza di un diritto fondamentale (il *Wesensgehalt*), e arrivando alla Costituzione spagnola, che all'art. 53 stabilisce che soltanto la legge, che in ogni caso dovrà rispettare il loro contenuto essenziale, potrà regolamentare l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, la garanzia del nucleo sostanziale del diritto, ovvero il rispetto del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, è l'elemento che forse più di tutti caratterizza trasversalmente le Costituzioni moderne in una prospettiva comparatistica. La variabilità si rintraccia però semmai nella determinazione di quali siano il contenuto essenziale o la sostanza autentica del diritto fondamentale. Ciò che sembra rappresentare uno dei punti chiave della ricerca: chiedersi che cos'è un diritto fondamentale infatti, a seguire la prospettiva concreta che si è indicata, significa soprattutto chiedersi quali sono i diritti fondamentali, quali i loro contenuti.

In ultima istanza, si potrebbe in effetti ritenere che fondamentali non siano i diritti nelle loro enunciazioni costituzionali, legislative o giurisprudenziali, bensì le frazioni di diritto ricavate attraverso l'interpretazione costituzionale: questo, si intenda, non certo in una prospettiva deontologica, bensì critica, tesa a mettere in luce come il passaggio dalle enunciazioni costituzionali all'interpretazione delle Corti, che si sviluppa attraverso l'attuazione legislativa del dettato costituzionale in materia di diritti, è spesso tale da alterare, anche profondamente, il tessuto (pure aperto) originario.

In Francia, il *Conseil constitutionnel* ha molto utilizzato questo concetto quando si è trovato a dover conciliare tra loro diritti (fondamentali) diversi e conflittuali, ma anche nel conciliare i diritti fondamentali con le esigenze di ordine pubblico. Il giudice costituzionale francese fa riferimento alla nozione di “non snaturamento” (*non-dénaturation*) del diritto fondamentale che è sicuramente assimilabile a quella di “rispetto del contenuto essenziale” o di “garanzia della sostanza”. L'esempio principale sotto questo aspetto è il trattamento riservato al diritto di proprietà, fortemente messo in discussione dal legislatore dopo la Dichiarazione del 1789 ma sempre nel limite del suo contenuto sostanziale, che solo violando apertamente la Costituzione avrebbe potuto essere toccato: basti pensare alla decisione del 29 luglio 1998, n. 98-403 DC, nella quale il *Conseil* dichiara che una limitazione al diritto di proprietà, anche qualora persegua un obiettivo di valore costituzionale, non potrebbe in nessun caso legittimamente presentare un carattere di gravità tale da snaturare il significato e la portata del diritto di proprietà. Stessa formula il *Conseil* utilizza per il diritto e la libertà di impresa<sup>42</sup>.

Si tratta quindi, nella giurisprudenza costituzionale francese, di individuare i “limiti ai limiti”, come nel caso del diritto di sciopero nel settore radiotelevisivo, quando tenere in considerazione il principio di continuità ha condotto a “snaturare” il diritto di sciopero nella misura in cui la fissazione di un servizio minimo ha essenzialmente equivalso a quella di un servizio a tutti gli effetti regolare<sup>43</sup>. Ma un esempio ancor più significativo è quello della tutela della libertà di espressione e dell'accesso a Internet. E' nota la sentenza del 2009 con la quale il *Conseil constitutionnel* ha affermato che il diritto sancito dall'art. 11 della *Déclaration des droits de*

---

<sup>42</sup> Per prima la sent. n. 93-316 DC.

<sup>43</sup> E' la nota decisione n. 19/1979.

*l'homme et du citoyen* del 1789 alla libera comunicazione delle idee e delle opinioni “implica la libertà di accesso a questi servizi”<sup>44</sup>. Ma al di là della proclamazione della libertà di accesso, nel caso di specie il *Conseil*, chiamato a giudicare le disposizioni legislative che consentivano ad un'autorità amministrativa di sospendere l'accesso ad Internet nel caso in cui l'account dell'utente fosse stato utilizzato per porre in essere condotte in violazione del diritto d'autore, ha affermato che la competenza riconosciuta ad un'autorità amministrativa, e non quindi giurisdizionale, a restringere o impedire l'accesso ad Internet, peraltro alla totalità della popolazione, sono illegittime, in quanto la libertà garantita dall'articolo 11 della Dichiarazione del 1789, da cui deriva il diritto di accedere liberamente alla rete, è tale da non sopportare simili limitazioni, anche quando queste siano finalizzate a tutelare altri diritti quale, nel caso di specie, il diritto d'autore.

Circa la “tecnica” dello snaturamento e dell'individuazione dei “limiti ai limiti”, l'esempio sopra condotto del diritto di proprietà è significativo anche per l'ordinamento italiano.

Nel nostro sistema costituzionale, nonostante l'elemento topologico, è idea radicata nella dottrina che la proprietà non sia un diritto inviolabile (secondo la definizione utilizzata dall'art. 2 Cost., e quindi, si potrebbe dire, almeno per ora, fondamentale)<sup>45</sup> e sia stata anzi fortemente limitata mediante l'introduzione del limite della funzione sociale, dato anche il particolare clima in Assemblea costituente<sup>46</sup>. Il dialogo, anche recente, tra giudice italiano e giudice convenzionale mette bene in evidenza la “discutibilità” e la discussione che ruota intorno alla fundamentalità del diritto, rivalutato, per così dire, dalla giurisprudenza costituzionale interna anche in conseguenza degli stimoli provenienti da Strasburgo (il riferimento va alle c.d. sentenze gemelle). Questo benché topologicamente la proprietà non faccia parte della Carta del 1950 ma soltanto del Primo Protocollo, a causa della scarsa rilevanza riservata a quel diritto da parte degli Stati firmatari - in quegli anni peraltro impegnati in operazioni di nazionalizzazione<sup>47</sup> - confermata in una prima fase dalla Corte Edu<sup>48</sup>.

D'altra parte, a partire dalla sentenza *Iatridis c. Grecia* (1999), ha inizio lo scrutinio sul requisito della legalità nelle ingerenze sull'art. 1 del Protocollo 1, che non possono risultare arbitrarie (*Malama c. Grecia*, 2001), pur in presenza di un certo margine di apprezzamento su quale sia la pubblica utilità (*Ambrosi c. Italia*, 2000; *Schembri c. Malta*, 2009).

Proprio l'ordinamento italiano è oggetto di numerosi interventi da parte del giudice di Strasburgo, in particolare per quanto riguarda la legislazione italiana in tema di espropriazione e di indennità<sup>49</sup>, interventi nei quali spesso si è ritenuto superato il margine di apprezzamento, in quanto leso il diritto di cui al primo protocollo (quasi paradossale in effetti, trattandosi per la Cedu di diritto non espressamente previsto in Convenzione, mentre per l'Italia di diritto costituzionalmente sancito, ciò a evidenziare, ancora, la scarsa rilevanza della topografia dei diritti rispetto agli elementi provenienti dall'applicazione degli altri indicatori).

---

<sup>44</sup> Si veda *Conseil constitutionnel, décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, su cui P. Passaglia, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 473 ss.

<sup>45</sup> Cfr. A. Baldassarre, *Proprietà*, (*Diritto costituzionale*), in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXV, Roma, 1993

<sup>46</sup> Cfr. S. Rodotà, *Commento all'art. 42*, in F. Galgano – S. Rodotà, *Rapporti economici*, tomo II, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 76 ss.

<sup>47</sup> Cfr. N. Colancino, *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Nuova Cultura, 2007.

<sup>48</sup> Cfr. L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, p. 175 ss., e il caso *Zubani c. Italia* del 1996, prima pronuncia nella quale la Cedu si occupa di occupazione acquisitiva.

<sup>49</sup> Significativo il caso *Scordino c. Italia*, 2004, nel quale la Corte Edu ritiene che malgrado la sentenza della Corte cost. n. 179/1999, il sistema italiano non consentisse un meccanismo effettivo di tutela. Numerose le sentenze, *Belvedere c. Italia*, *Carbonara e Ventura*, *Pasculli*, *Acciardi*, *Scordino 3*.

Peraltro, fino ai casi *Belvedere Alberghiera c. Italia* (2000) e *Carbonara e Ventura c. Italia* (2003), la Corte non sindacava la legalità del provvedimento, mentre a partire da queste pronunce si realizza un sindacato di tipo sostanziale, molto più pervasivo. La Corte Edu inizia infatti a censurare la pratica dell'occupazione acquisitiva, considerandola contraria al principio di legalità, verificando in tal modo l'idoneità dell'indennizzo nel caso di esproprio legittimo, e privilegiando la *restituito in integrum* nel caso di provvedimenti illegittimi. Ed affrontando in tal modo il contrasto tra art. 1 del Protocollo primo e art. 42, c. 2, Cost., che aveva permesso interpretazioni della Corte costituzionale, salvo rari casi, tese a salvaguardare un raggio di azione particolarmente ampio per il legislatore, in qualche modo delegandogli l'opera di bilanciamento<sup>50</sup>.

Lo scontro fra principi arriva fino alle c.d. sentenze gemelle, nelle quali il canone della funzione sociale viene "piegato" sulla tutela del diritto di proprietà, e, soprattutto, si opera una significativa scelta di parametro tralasciando l'art. 42, Cost. ed utilizzando invece l'art. 117, attraverso il quale trova applicazione la giurisprudenza Cedu sul diritto di proprietà. Un diritto la cui fundamentalità negata trova un possibile riconoscimento attraverso l'interpretazione offertane dal giudice sovranazionale.

La Corte costituzionale in qualche modo raccoglie l'istanza di valorizzazione del diritto di proprietà come interpretato dalla Corte Edu<sup>51</sup>.

Nel 2011, poi, la Corte<sup>52</sup>, in relazione a una disciplina sui fondi agricoli nella quale non si specifica il criterio di indennizzo a partire dalle caratteristiche effettive del terreno, ritiene che, in base al "giusto equilibrio" nell'indennizzo (categoria concettuale sviluppata proprio dalla Cedu), debba essere dichiarata incostituzionale la norma che non tenga in debito conto i parametri di indennizzo Cedu, benché non specificatamente previsti per i fondi agricoli: in questo caso la Corte fa esplicito riferimento alla giurisprudenza Cedu in tema di tutela del diritto di proprietà e il parametro utilizzato è ancora quello dell'art 1 del Protocollo primo, per mezzo dell'art 117 Cost. Più significativa è la sent. n. 338/2011 in cui il giusto equilibrio viene riconosciuto come parametro per la tutela del *nucleo minimo* del diritto di proprietà (con riferimento ai requisiti specifici del bene espropriato e al suo valore di mercato).

Da ultimo, nella sent. n. 49/2015, la Corte sembra rigettare una forma di *anticipatory overruling* dei giudici di merito, che interpretavano alla luce della Cedu una disposizione come non conforme a Convenzione (in relazione all'art. 7 e, di nuovo, all'art. 1 del Protocollo). Infatti, in relazione alla sentenza della Cedu *Varvara c. Italia* del 2013, il giudice di merito riteneva che l'art 44, c. 2, del c.d. testo unico edilizia non potesse comportare la confisca di beni quando a causa della prescrizione non si fosse arrivati a una condanna per il reato di lottizzazione abusiva; la Corte costituzionale, ritenendo non corretta la lettura della sentenza Cedu da parte dei giudici di merito, si pronuncia per l'inammissibilità<sup>53</sup>.

Meritevole di attenzione sembra anche il rapporto tra contenuto essenziale del diritto e *livello essenziale* del diritto, nozione rintracciabile nell'art. 117, c. 2, lett. m) della Costituzione italiana.

Nella disposizione citata, infatti, il concetto di *livello essenziale* serve proprio a tracciare la dimensione della fundamentalità, del nucleo insopprimibile del diritto (civile e sociale) la cui tutela deve essere garantita in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale. Soprattutto per i diritti sociali questo aspetto, unito a quanto si dirà di seguito sul profilo della titolarità del diritto, sembra oggi rappresentare la dimensione propria della fundamentalità.

---

<sup>50</sup> Si vedano le sentt. Corte cost. n. 55/1968 e n. 252/1983.

<sup>51</sup> Si pensi alla sent. n. 293/2010 nella quale è dichiarato l'eccesso di delega in relazione all'art. 43 del testo unico espropriazioni.

<sup>52</sup> Si tratta della sent. n. 181/2011.

<sup>53</sup> Cfr. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, p. 400 ss.

#### 2.4.2. *La titolarità dei diritti*

Proseguendo sul contenuto essenziale del diritto, questo si ricava poi, in molti casi, non soltanto dai limiti ai limiti, ma anche dalle geometrie variabili dei diritti a seconda dei soggetti ai quali ne sia attribuita la *titolarità*. Precisando: se fondamentale è il diritto che l'ordinamento pone a fondamento della stessa sua esistenza, e considerata la natura pervasiva del principio di eguaglianza in tutti gli ordinamenti democratici, il diritto fondamentale dovrebbe come tale essere riconosciuto per tutti gli individui, senza distinzioni di sorta.

Detto altrimenti, “un diritto teoricamente inviolabile che praticamente sia violabile a svantaggio di qualcuno – che dunque non sia inclusivo – non è più tale”<sup>54</sup>. Ciò non vale d'altra parte né per alcuni diritti politici, in particolare per il più incisivo tra questi cioè il diritto di voto, che ancora in alcuni sistemi (quale quello italiano) risulta strettamente collegato alla condizione giuridica-formale della cittadinanza, né per i diritti sociali. Una distinzione va operata tra le due situazioni. Nel primo caso, quello dei diritti politici ed in particolare del diritto di voto, la titolarità circoscritta dipende dal contenuto più o meno escludente che l'ordinamento assegna alla cittadinanza statale, il cui unico e ultimo baluardo sembra essere, in un contesto di progressiva universalizzazione dei diritti e smaterializzazione dei confini, proprio la conservazione del diritto di voto (nelle elezioni per la formazione degli organi politici rappresentativi a livello statale, generalmente) in capo ai cittadini, definiti come tali sulla base del possesso di appositi requisiti definiti dalla legge.

L'Italia da questo punto di vista sembra rappresentare ormai un'eccezione nel quadro europeo, nel mantenere la propria riserva sul capitolo C della Convenzione di Strasburgo sui diritti politici e di partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, continuando ad escludere dal diritto di voto nelle elezioni locali i cittadini extracomunitari (aspetto sul quale si rinvia alla relazione di Roberto Cherchi).

Per quel che qui interessa, comunque, non sembra molto rilevante questo aspetto ai fini della definizione di “fondamentalità”, in quanto la più ristretta titolarità del diritto di voto non pare alterarne le caratteristiche proprie, bensì semmai confermare la natura fondamentale del diritto rispetto alla nozione di identità, di comunità e di cittadinanza che l'ordinamento sceglie di adottare. Diverso il discorso per quanto riguarda i diritti sociali. Molte Corti costituzionali ne hanno, nel tempo ed in varie fasi, delineato la portata ricostruendo i diritti espressamente proclamati nei testi costituzionali e trasformandoli in contenitori di situazioni giuridiche soggettive aventi diversa intensità, diversa vincolatività, diversa esigibilità e, dunque, diversa fondamentalità.

Esemplare nell'ordinamento italiano la questione del diritto alla salute e del diritto all'assistenza sociale, e del relativo godimento di tale diritto da parte dei cittadini extracomunitari quando questi siano regolarmente o irregolarmente presenti sul territorio nazionale; essa consente infatti di verificare come la giurisprudenza costituzionale abbia, anche attraverso interventi sulla titolarità del diritto, variamente circoscritto il *quantum* di fondamentalità.

Da un lato, il giudice costituzionale italiano non ha perso alcune occasioni per affermare con forza la protezione del diritto (fondamentale) alla salute per gli stranieri, basti pensare alle sentt. nn. 269 e 299/2010 e alla n. 61/2011, con le quali ha, rispettivamente: dichiarato non incostituzionali le disposizioni della l. reg. n. 29/2009, della Regione Toscana, in quanto provvedevano “ad assicurare anche agli stranieri irregolari le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire il diritto all'assistenza sanitaria, nell'esercizio della propria competenza legislativa”; affermato che lo straniero è “titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla

---

<sup>54</sup> Cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, e, per un inquadramento dell'idea, cfr. A. Giorgis, *Diritti sociali*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. III, Milano, spec. p. 1909, e A. D'Aloia, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, vol. II, Napoli 2008.

persona” (richiamando la precedente sent. n. 148/2008), ed esiste “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”, il quale deve perciò essere riconosciuto “anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso”<sup>55</sup>. Dall’altro, come è stato sottolineato da alcuni commentatori<sup>56</sup>, il riconoscimento dell’esistenza di un “nucleo duro” di tutela si configura come una risposta costituzionale dal duplice volto: “conquista nella battaglia della salvaguardia dei diritti fondamentali (di cittadini o stranieri che siano)”, ma anche strumento di limitazione, circoscrizione della portata del diritto fondamentale in quanto tale. Anche perché evidentemente l’estensione del nucleo non è direttamente né tassativamente stabilita a livello costituzionale, e ben si presta ad interventi discrezionali del legislatore. Interventi i quali, in ultima istanza, decideranno dei veri confini del diritto fondamentale di cui il soggetto risulta titolare<sup>57</sup>.

Se è vero<sup>58</sup> che non sarebbe compito del giudice costituzionale stabilire regole particolareggiate alle quali i giudici di merito, o addirittura il personale medico, dovrebbero attenersi nella concreta attuazione del diritto alla salute in capo ai cittadini extracomunitari (siano o meno regolarmente presenti sul territorio nazionale), dovendosi limitare “ad enunciare i principi alla luce dei quali risolvere le singole controversie”, va però sottolineato come si crei anche in questo caso una fondamentale variabile, la cui reale dimensione dipende dai contenuti che si intenda conferire al nucleo, e, dunque, dai soggetti ai quali sia affidato il compito di determinare tali contenuti.

Il potenziale impatto sulla dimensione del diritto fondamentale derivante dalla variabilità delle prassi e delle decisioni assunte quando trattasi di intervenire sulla titolarità del diritto si evince dalla labilità della clausola di cui all’art. 2 del testo unico sull’immigrazione dove al comma 1 si stabilisce (sempre che ve ne fosse bisogno) che “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”. Basti pensare a quanto accaduto dopo il 2009, con l’introduzione del cosiddetto reato di clandestinità di cui all’art. 10-*bis* del d.lgs n. 286 del 1998, quando, in considerazione della mancata modifica da parte del legislatore del 2009 dell’art. 35, c.5, la dottrina e non solo si era chiesta se l’introduzione della figura del “reato di presenza irregolare” fosse di per sé sufficiente a determinare, se non l’obbligo, almeno la facoltà di denuncia all’autorità di polizia o all’autorità giudiziaria degli stranieri irregolari che chiedano di ricevere trattamenti presso un presidio sanitario<sup>59</sup>. Correttamente il dubbio è stato risolto, anche a livello ministeriale<sup>60</sup>, e così si è superata quell’ipotesi, invero stravagante, secondo la quale la fattispecie di reato introdotta con l’art. 10-*bis* avrebbe avuto efficacia implicitamente abrogante del disposto di cui all’art. 35, c. 5., ciò che in concreto, mettendo in discussione il divieto di segnalazione, avrebbe significativamente inciso sul godimento del diritto da parte dell’immigrato, costretto a scegliere tra la propria salute e la propria libertà personale: un evidente caso di titolarità (fortemente) limitata del

---

<sup>55</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 252 del 2001.

<sup>56</sup> Cfr. A. Randazzo, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale “dimezzato”?*, in Giurcost.org,

<sup>57</sup> Sul nucleo duro pure D. Morana, *Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2010, p. 3238 ss.

<sup>58</sup> Cfr. A. Randazzo, cit.

<sup>59</sup> Cfr. P. Morozzo della Rocca, *Diritto alle cure mediche e prestazioni di assistenza sociale connesse alla salute dello straniero irregolarmente soggiornante*, in *Rivista italiana di Medicina legale (e del diritto in campo sanitario)* n., 2/2015, p. 547 ss.

<sup>60</sup> Si veda la circ. Min. Inter. n. 12 del 27 novembre 2009.



diritto, e, dunque, di *deminutio* del *quantum* di fundamentalità allo stesso assegnato, questa volta, dal legislatore.

Un cenno si può estendere anche al diritto all'assistenza sociale, che pure presenta caratteristiche diverse da quello alla salute, in termini di fundamentalità, per gli stessi cittadini, e quindi sotto il profilo del *contenuto essenziale* del diritto, basti pensare alla (tuttora) mancante definizione dei Liveas da parte del legislatore, e, come si dirà in seguito, al persistente ancoraggio del diritto all'assistenza sociale in particolare, nell'ambito più generale dei diritti sociali, alle disponibilità finanziarie nei bilanci pubblici, statale e regionali.

La Corte costituzionale, nella sent. n. 306/2008, non ha ritenuto incostituzionale l'intervento del legislatore volto a "subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata", e mentre l'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998 equipara ai cittadini italiani "[g]li stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta o nel loro permesso di soggiorno", al fine dell'attribuzione delle prestazioni di assistenza sociale, al contrario, l'art. 80, c. 19, della l. n. 388/2000 prevede che tali prestazioni, laddove costituiscano diritti soggettivi, siano condizionate alla titolarità del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, rilasciato (ai sensi dell'art. 2, c. 3, d.lgs. n. 3/2007) allo straniero che, titolare di valido permesso di soggiorno da oltre cinque anni, dimostri la disponibilità di un certo livello di reddito e di un alloggio rispondente a specifici requisiti. Insomma, il legislatore italiano si è contraddetto sul punto e la Corte, attraverso lo strumento del sindacato di ragionevolezza, ha fatto oggetto di declaratoria di incostituzionalità sia l'istituto della pensione di inabilità sia quello dell'indennità di accompagnamento, nella parte in cui l'attribuzione di tali provvidenze veniva condizionata a requisiti di reddito; sia, in seguito, la titolarità del permesso di soggiorno da almeno cinque anni quale presupposto per il riconoscimento di alcune misure assistenziali. In particolare ci si riferisce alla sent. n. 11/2009, alla citata 306/2008<sup>61</sup>, e alla sent. n. 187/2010 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione volta a subordinare al requisito della titolarità dell'allora carta di soggiorno la concessione, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'assegno mensile di invalidità, in quanto "si tratta di una erogazione destinata non già ad integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di «sostentamento», atto ad assicurarne la sopravvivenza; un istituto, dunque, che si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che la Corte — anche alla luce degli enunciati della Corte di Strasburgo — ha additato come parametro di ineludibile uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato". Ancora, nella sent. n. 329/2011, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione, nella parte in cui subordinava sempre al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione, ai minori extracomunitari legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'indennità di frequenza di cui all'art. 1 l. n. 289/1990, trattandosi di provvidenza definita come polifunzionale, in quanto "i bisogni che attraverso di essa si intendono soddisfare non si concentrano soltanto sul versante della salute e della connessa perdita o diminuzione della capacità di guadagno, ma, anche, su quello delle esigenze formative e di assistenza di minori colpiti da patologie invalidanti e appartenenti a nuclei familiari che versino in disagiate condizioni economiche"<sup>62</sup>. In qualche modo, la piena estensione, in termini di titolarità, del diritto, deriva anche dall'ampia congerie di diritti che l'istituto sembra

---

<sup>61</sup> Cfr. A.M. Battisti, *Rilevanza del reddito ed adeguatezza delle prestazioni assistenziali per i cittadini e per gli stranieri extracomunitari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2008, p. 3324 ss.

<sup>62</sup> Cfr. su questo L. Principato, *Il diritto – talvolta – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2013, p. 718.

concretizzare, quasi che la *quantità* (intesa nel senso di effettiva fundamentalità) dei diritti in questione possa supplire alla limitata *qualità* degli stessi.

### **2.4.3. Cenni alla questione dei diritti sociali (oltre la titolarità): il bilanciamento tra dimensione individuale del diritto e dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario, e la fundamentalità come spazio residuo.**

Qualche riflessione più generale, pur nei limiti di una trattazione che non intende affrontare sistematicamente la “questione” dei diritti sociali, va operata su uno dei problemi che si incontrano andando alla ricerca della misura della fundamentalità dei diritti: quello della particolare natura dei diritti sociali, derivante dal fatto che “in modo più o meno significativo, essi costano più degli altri diritti, richiedendo prestazioni amministrative adeguate e idonee risorse pubbliche”<sup>63</sup>, pur ciò non escludendo che anche gli altri diritti, quelli civili, abbisognano certamente di prestazioni, sebbene differenziate, basti pensare al già citato disposto della lett. m), comma 2, art. 117, Cost. it. che accomuna entrambe le “categorie” nella richiesta di equità territoriale<sup>64</sup>.

Sempre più frequente è la tendenza a leggere riduttivamente la distinzione tra “generazioni” dei diritti, e dunque, all'interno di queste, tra diritti di matrice liberale e diritti sociali, assegnandole un valore prevalentemente storico-ricostruttivo, ma non certamente normativo né adeguatamente descrittivo della natura dei diritti medesimi, che, per contro, sarebbero caratterizzati da una sostanziale unitarietà di sistema, determinata dalla loro intergenerazionalità, universalità, indivisibilità e interdipendenza<sup>65</sup>.

In realtà, mi pare che qualche distinzione possa conservare la sua validità, e consenta (o richieda) di dedicare un'attenzione specifica ai diritti c.d. sociali. Occorre in primo luogo distinguere tra diritti sociali in senso soggettivo e diritti sociali in senso oggettivo: solo i secondi, infatti,

---

<sup>63</sup> Cfr. S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in Id. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 4.

<sup>64</sup> Cfr. A. Ruggeri, cit., spec. p. 539. Suggestisce invece Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., l'utilizzo dell'espressione “diritti a prestazione”, in quanto sociali sarebbero in definitiva tutti i diritti, posto che anche numerosi diritti “classici” avrebbero un costo, si veda anche R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, n. 14/2000, spec. p. 19 ss. Trovo invece particolarmente significativa l'espressione diritti sociali per l'utilizzo della connotazione della socialità che, in quanto tale, fa emergere le radici di tali posizioni soggettive che si collocano nella reciprocità, dunque nel legame con l'atteggiamento (pubblico e privato) solidaristico. Coerente con questa impostazione è l'interessante proposta, di recente avanzata da E. Rossi, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Diritto e società*, n. 1/2014, di collegare l'erogazione di prestazioni volte a garantire diritti sociali alla “condizione” di un impegno sociale, svolto a vantaggio della collettività, da parte del soggetto destinatario della prestazione stessa. La proposta, che definisce un circuito virtuoso tra solidarietà in senso orizzontale e solidarietà in senso verticale (cioè pubblica-istituzionale), da un lato sembra presentare significativi benefici dal punto di vista pratico, dall'altro potrebbe sembrare che traduca l'idea per cui “I diritti tendono ad essere «a somma zero», nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro”, cfr. R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, che segnala tra gli esempi proprio le misure finanziarie che devono bilanciare tra la previsione e relativa quantificazione dei servizi (prima, diritti) sociali e gli interessi dei contribuenti. In realtà le due prospettive mi paiono diverse: l'una comporta un *do ut des* individuale, in cui la relazione si instaura tra persone appartenenti alla medesima comunità civile e politica, e dove al beneficio ricevuto da un soggetto (dal sistema pubblico, ma attraverso l'impegno della collettività che si esercita mediante lo sforzo contributivo) corrisponde il suo impegno verso i consociati in azioni quasi mutualistiche (come a dire: chi può dà attraverso il contributo tributario, e chi non può dare così lo fa in modo diverso, ma, in ogni caso, tutti danno e tutti ricevono). La prospettiva della “somma zero” postula invece una compensazione tra situazioni soggettive realizzata verticalmente dai poteri pubblici (che sia direttamente il legislatore, oppure il giudice nella tutela in concreto dei diritti) al fine di mantenere inalterato il *quantum* di tutela riservato a ciascuna posizione soggettiva determinando così, almeno indirettamente, una gerarchia tra diritti e una gradazione della fundamentalità, dove al diritto “meno fondamentale” si toglie al fine di dare di più a quello “più fondamentale” (in termini finanziari in particolare, ma, più in generale, di risorse necessarie ad un'effettiva garanzia).

<sup>65</sup> Cfr. A. Spadaro, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2005, p. 98

presupporrebbero prestazioni. Come è stato evidenziato<sup>66</sup>, diritti quali quello alle pari opportunità, o i diritti dei consumatori (questi mi paiono gli esempi più corretti<sup>67</sup>), non richiedono in effetti interventi prestazionali del tipo che siamo abituati a immaginare, vale a dire interventi di tipo finanziario, redistributivo, in senso proprio, ma possono essere considerati diritti “soggettivamente” sociali, in quanto interessano la persona non in quanto individuo bensì come parte di uno o più gruppi sociali, e richiamano l’attenzione del legislatore, e dei decisori pubblici più in generale, su esigenze di riconoscimento che emergono una volta considerato il soggetto nell’ambito di tutte le relazioni sociali che lo caratterizzano.

I diritti sociali in senso oggettivo invece non potrebbero che richiedere prestazioni economiche e materiali, e come tali potrebbero ricavarne tracce all’interno delle stesse libertà negative tradizionali. Basti pensare alla libertà di manifestazione del pensiero e, al suo interno, al diritto ad informare e ad essere (correttamente) informati, con il ruolo che in ciò esercitano i mezzi di comunicazione<sup>68</sup>.

Fatte queste premesse, i punti che vanno presi in considerazione ai fini di questa ricerca sono almeno tre: 1) se i diritti (oggettivamente) sociali siano o meno fondamentali<sup>69</sup>; 2) come si comportano i diritti (oggettivamente) sociali nell’applicazione degli indicatori enucleati; 3) quale impatto ha esercitato la crisi economica sull’elemento della dimensione collettiva dell’equilibrio finanziario, e come ha inciso sul bilanciamento tra questa e la dimensione (comunque) individuale del diritto sociale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, che sembrerebbe centrale nella riflessione qui condotta, si risolve abbastanza rapidamente se si considera la prospettiva prescelta: non mi interessa definire *a priori* se i diritti sociali siano o meno *ex se* diritti fondamentali, ma semmai verificarlo, come si sta facendo, applicando gli indicatori elaborati, secondo quanto immaginato nel punto 2.

Gran parte degli indicatori, qualora applicati ai diritti sociali, mostrano una certa invarianza rispetto agli altri diritti: in termini di riconoscimento implicito/esplicito, di topografia costituzionale, di sottoponibilità a processi di revisione costituzionale; la vera differenza sembra risiedere nella giustiziabilità che, quando si tratta di diritti sociali, diviene funzione di quella che è denominata “esigibilità” degli stessi, cioè capacità di tradursi in prestazioni concretamente messe a disposizione dei beneficiari del diritto (qualcosa di più, direi, della semplice azionabilità, quasi una condizione intermedia tra questa e l’effettività vera e propria che si manifesta come il compimento pieno del diritto).

Senza potersi addentrare in questa sede nell’analisi delle diverse fasi che la giurisprudenza costituzionale europea ha attraversato con riferimento alla tutela dei diritti sociali, e neppure soltanto nelle soluzioni variamente adottate dalla Corte costituzionale italiana, basti richiamare le formule che quest’ultima ha utilizzato, soprattutto a partire dagli anni Novanta, per temperare la

---

<sup>66</sup> Cfr. C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, cit.

<sup>67</sup> A. Mangia, nella relazione di sintesi della III sessione del Convegno annuale del Gruppo di Pisa del 2012, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, sottolinea come nella dimensione dei rapporti interpretati si spieghino ad esempio tutti i diritti costituzionali che attengono il rapporto di lavoro, come il diritto alla giusta retribuzione, il diritto al riposo, sociali dunque, ma che non interloquiscono necessariamente con l’autorità pubblica.

<sup>68</sup> La riflessione si svolge anche nell’ordinamento statunitense, dove un particolare rilievo assume la questione dell’accesso e dell’utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa, cfr. L. Tribe, *American Constitutional Law*, New York, 1988, p. 786 ss.

<sup>69</sup> Sulla natura e le sfide giuridiche e culturali poste dai diritti sociali cfr. *ex multis* D. Bifulco, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit.; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994; M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, Il Mulino, 2010.

fondamentalità di tali diritti circoscrivendone la portata. Dai ben noti diritti condizionati, conosciuti nella sent. n. 455/1990, al principio di gradualità delle riforme onerose, la limitatezza delle risorse disponibili, il valore dell'equilibrio finanziario<sup>70</sup>: tutti elementi che divengono strumenti con i quali la Corte delimita il proprio campo di azione nell'annullamento di interventi legislativi in materia di diritti oggettivamente sociali, ritagliandosi uno spazio di controllo (e quindi ritagliando la fondamentalità di tali diritti) limitatamente ai casi in cui sia ravvisabile, nella disciplina legislativa, una palese irragionevolezza, oppure una capacità di incidere sul nucleo essenziale del diritto.

Nella nota sentenza del 1990, la Corte ritiene che il "condizionamento" di un diritto "non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute in quel caso) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione": che questo tipo di trattamento assicurato al diritto possa corrispondere ad una fondamentalità dello stesso, mi pare da escludere. In quel contesto, alla luce di quell'interpretazione costituzionale, il diritto in gioco non poteva essere considerato un diritto fondamentale.

E quando, più di recente, la Corte prende atto che il diritto all'assistenza come diritto universale è inevitabilmente messo in discussione dalla limitatezza delle risorse finanziarie (v. sent. n. 248/2011), se da un lato sembra affermare un'ovvietà (quella della coperta troppo corta ...), dall'altro pone a confronto un fatto e un diritto, cosa che di per sé mette in crisi la fondamentalità del diritto in questione (ancora una volta, nel caso di specie, la salute) in quanto il diritto fondamentale sarebbe per sua natura il precipitato di un progetto di trasformazione della società e quindi di orientamento, indirizzo e guida dei "fatti".

Proprio vedere come e quanto la crisi economico-finanziaria ha inciso sui diritti aiuta a ricostruire se e fino a che punto questi possano essere considerati fondamentali.

Una ricerca minimamente adeguata sul punto andrebbe operata diritto per diritto, o meglio, fattispecie per fattispecie. Basti in questo caso qualche rapida e certamente approssimativa notazione di carattere trasversale, a partire dalla giurisprudenza più recente.

In primo luogo, il giudice costituzionale ai tempi della crisi cerca di controllare il tempo, quale possibile alleato per distinguere le proclamazioni concernenti l'incostituzionalità, e quindi le valutazioni di merito sui provvedimenti legislativi lesivi di diritti sottoposte al suo scrutinio, dagli effetti dell'incostituzionalità stessa, concretamente incidenti sia sull'esercizio del diritto in questione, sia, corrispondentemente, sul costo che la garanzia del diritto determinerebbe per i bilanci pubblici.

Non può non essere citata la sent. n. 10/2015, con la quale la Corte ha dichiarato che la propria decisione non avrebbe prodotto effetti per il passato (neppure con riguardo al giudizio *a quo*): in questo caso, il diritto è riconosciuto meritevole di protezione ma non trova poi un'effettiva tutela, *hic et nunc*, in quanto l'incidenza sui conti che si produrrebbe a seguito della perdita di effetti della norma incostituzionale non è considerata tollerabile. La pronuncia, redatta da Marta Cartabia, "riprende e ampiamente teorizza la necessità di un bilanciamento tra esigenze di protezione dei diritti o interessi oggetto della singola *quaestio* e il principio costituzionale ricavabile dall'art. 81 Cost. (ultima formulazione)"<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013. Cfr. anche I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio del bilancio*, Roma, Aracne, 2012.

<sup>71</sup> Cfr. A. Anzon Demmig, *Una vicenda sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2015, che richiama Id., *La Corte "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

Certo, dopo non molto tempo la Corte, con una sentenza tanto commentata quanto discussa, la n. 70/2015, avente ad oggetto l'indicizzazione delle pensioni, ha utilizzato il tempo in modo diverso: ha dichiarato incostituzionale la disposizione del decreto c.d. "salva Italia" nella parte in cui stabiliva la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici più bassi (fino a 1.217 euro mensili netti), e questo senza intervenire sull'efficacia nel tempo della decisione, e, quindi e soprattutto, senza operare un bilanciamento, basti pensare che nella pronuncia non si fa praticamente mai riferimento all'art. 81, Cost., se non in un passaggio del tutto incidentale e di richiamo della sent. n. 26/2013<sup>72</sup>.

Certo, l'assenza di bilanciamento con la norma di cui all'art. 81, Cost., nonché la mancata applicazione del principio temporale elaborato nella citata sent. n. 10/2015, potrebbe(ro) fondarsi su ragioni di stretta incostituzionalità delle disposizioni oggetto della pronuncia. Come è stato sottolineato, il tentativo di rendere "definitiva una riduzione quantitativa della garanzia di adeguatezza della prestazione previdenziale che non sia né espressiva di una *ratio* redistributiva del sacrificio imposto, né volta a rimediare a situazioni disomogenee, né collegata a sicuri «margini di resistenza» rispetto al fenomeno inflattivo", ciò che avviene nel caso della soppressione dell'adeguamento che la legge impone per tutti i trattamenti superiori a tre volte il minimo nel 2011, contraddice apertamente le indicazioni già fornite in altri casi dalla Corte al legislatore; peraltro, "se la Corte avesse circoscritto il suo intervento, rendendo l'annullamento efficace soltanto *ex nunc*, sarebbe incorsa nello stesso vizio di costituzionalità sulla cui base ha pronunciato la sentenza in esame"<sup>73</sup>.

Il rapporto diritto individuale/dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario torna d'altra parte ad emergere anche in pronunce recentissime, penso, con riferimento alla sicurezza sociale, alla sent. n. 2/2016 della Corte costituzionale. Il caso di specie riguardava l'art. 18 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 13/2007 dove si prevede che "[i] soggetti che fruiscono di prestazioni consistenti nell'erogazione di un servizio *compartecipano alla spesa in relazione alla condizione economico-patrimoniale del nucleo familiare di appartenenza*, secondo quanto previsto dall'articolo 6 della legge provinciale 3/1993, nonché in relazione alla tipologia della prestazione erogata" (corsivo aggiunto). Il Tribunale di Trento era stato investito da un ricorso presentato da una persona dichiarata invalida con permanente inabilità lavorativa e bisognosa di assistenza continua. Le risorse economiche a disposizione del soggetto (pensione e indennità di accompagnamento) erano insufficienti al pagamento della retta della casa di riposo presso cui riceveva alloggio e assistenza. La persona ricorrente, data la sua situazione economica, chiedeva che le fosse applicata la disciplina statale di cui art. 3, c. 2-ter, del d. lgs. 109/1998 piuttosto che quella dettata dalla legge provinciale: infatti, mentre quest'ultima prevede che si tenga in considerazione la situazione della persona richiedente e del suo nucleo familiare, la normativa statale considera rilevante soltanto la situazione economica dell'assistito.

Il caso è interessante ai nostri fini per due ragioni: in primo luogo per ciò che fa emergere con riferimento al rapporto tra proclamazioni internazionali e proclamazioni nazionali dei diritti (e quindi, forse, tra diritti umani e diritti fondamentali), in particolare quando si tratti di diritti comportanti un intervento attivo dei pubblici poteri (come nel caso, appunto, dei diritti sociali e del diritto all'assistenza in particolare)<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Sulla quale cfr. D. Nocilla, *Sulla attitudine delle disposizioni legislative ad efficacia differita a costituire oggetto di sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2013, p. 422 ss. I commenti alla sentenza n. 70/2015 sono invece sterminati ed anche distanti tra loro nelle posizioni espresse dalla dottrina; tra questi si segnala A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015, G. M. Salerno, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015.

<sup>73</sup> Il riferimento va alla sent. n. 316/2010; cfr. G. M. Salerno, *ibidem*.

<sup>74</sup> Sul caso cfr. P. Addis, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 2/2016*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 2/2016.

Quella che è stata definita come “l’aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale”<sup>75</sup>. La Corte, infatti, sottolinea che gli strumenti pattizi si limitano a porre degli “obblighi di risultato”, tracciando “determinati obiettivi riservando agli Stati aderenti il compito di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione”, non potendo circoscrivere le scelte sulle modalità di attuazione, riservate allo Stato.

La seconda ragione di interesse del caso, è data proprio dai motivi che stanno alla base di questo restringimento della fisarmonica della fundamentalità, tale da condurre il giudice costituzionale a liquidare piuttosto nettamente il valore normativo della Convenzione. Si tratta infatti di motivi evidentemente di carattere economico, poiché non vi è dubbio che la mancata considerazione del nucleo familiare nella determinazione della condizione economica della persona disabile richiedente assistenza tende a favorire il soggetto rendendo più probabile il godimento del beneficio (sia questo di carattere monetario o di servizio) da parte sua.

Insomma, a partire da una proclamazione costituzionale dei diritti (oggettivamente) sociali che non lascerebbe dubbi circa la loro perfetta equiparabilità in termini di tutela, e, dunque, di fundamentalità, ai diritti c.d. di prima generazione, il giudice costituzionale, fornendo sponda in alcuni casi al legislatore, e sulla base di esigenze di carattere economico che si affermano in particolare, per così dire, nell’epoca della crisi, interviene a ritagliare contenuti oggettivi ed estensione soggettiva di tali diritti, mettendo fortemente in discussione l’effettiva qualificabilità di tali diritti come fondamentali secondo gli indicatori proposti.

Percorso solo in parte inverso è d’altra parte quello del Tribunale costituzionale tedesco, il quale, in assenza di un’espressa proclamazione costituzionale dei singoli diritti, ha sostenuto che il principio dello stato sociale possa di per sé stesso produrre effetti giustiziabili – essenzialmente concretizzandosi in diritti soggettivi – nel momento in cui il legislatore manca arbitrariamente di svolgere i propri compiti. Il riconoscimento costituzionale di pretese individuali avviene attraverso il combinato disposto dell’art. 20, c. 1, con uno dei diritti fondamentali espressamente previsti, in particolare il diritto all’eguaglianza, il diritto alla vita e alla libertà personale.

Particolare interesse suscita la determinazione del diritto alla sicurezza sociale. Infatti, nel 2010 è stata introdotta una delle più importanti riforme in materia di sicurezza sociale e di previdenza della storia della Germania (la riforma conosciuta come Hartz), che ha dato origine alla sentenza del Tribunale costituzionale con la quale viene tracciata la cornice per così dire metodologica e teorica dell’esistenza di un diritto a godere di un livello minimo di sussistenza.

In questione c’era la costituzionalità delle misure, introdotte dalla riforma, volte a garantire sussidi di base per i soggetti disoccupati e i familiari a carico. Il Tribunale ha ritenuto che mentre l’ammontare del beneficio previsto dalla legge non poteva essere ritenuto incostituzionale, la procedura scelta per calcolare il *quantum* spettante era viziata e lesiva del diritto costituzionale in questione. L’aspetto rilevante nella sentenza è che il Tribunale è piuttosto chiaro nel riconoscimento di un diritto individuale in quanto tale, configurandolo come “diritto a godere di un livello minimo di sussistenza”, e specificando che tale diritto non rappresenta semplicemente un profilo, una possibile declinazione del diritto alla dignità umana (come noto, elemento fondante l’interno assetto costituzionale, diritto/valore cardine del sistema), bensì un diritto avente propria autonomia e rilevanza valoriale<sup>76</sup>. Il diritto costituzionale così definito, quindi, presume una nozione per così dire

---

<sup>75</sup> Cfr. A. Spadaro, *Sull’aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2015.

<sup>76</sup> Cfr. C. Bittner, *Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010*, 12 *German Law Journal* 1941, 2011, p. 1950 ss.

sociale di sussistenza<sup>77</sup>, in grado di dare copertura ad un ampio raggio di istanze e strumenti di protezione sociale.

Il Tribunale, inoltre, riconosce in particolare che il diritto in questione richiede un intervento attivo dei pubblici poteri, anche se è a questi attribuito un significativo margine di apprezzamento nella scelta delle misure disponibili per la realizzazione del diritto. E' grazie a questo margine di apprezzamento che il Tribunale ha potuto non dichiarare l'incostituzionalità della determinazione dell'ammontare del sussidio corrisposto, affermando che non fosse manifestamente insufficiente.

Anche nel 2012 il nuovo approccio al diritto ad un'esistenza minimamente dignitosa è stato utilizzato dal Tribunale costituzionale, che in questo caso è giunto ad una dichiarazione di incostituzionalità attraverso il parametro derivante dal combinato disposto tra art. 20, c. 1 e art. 1, c. 1, ritenendo i sussidi previsti per i soggetti richiedenti asilo "evidentemente insufficienti" (BVerfGE (*Asylbewerberleistungsgesetz*)). Sembra così potersi riconoscere nella giurisprudenza costituzionale più recente una sorta di incorporazione, all'interno della Legge fondamentale, di un diritto sociale avente autonoma rilevanza, delineato nell'interpretazione costituzionale: sebbene l'aspetto procedurale abbia costituito una parte importante dell'argomentazione nel caso dei richiedenti asilo, per la prima volta i giudici di Karlsruhe si sono spinti oltre, dichiarando che i destinatari del sussidio erano titolari di un diritto costituzionalmente riconosciuto ad ottenere di più di quanto la legge prevedesse, segnando così un passaggio importante nella qualificazione in termini di esigibilità e di concretizzazione del diritto sociale in questione<sup>78</sup>.

Si è parlato di percorso solo apparentemente inverso in quanto resta comunque da verificare se questo orientamento interpretativo si estenderà ad altri diritti sociali, quali il diritto alla salute o all'abitazione, oppure resterà circoscritto al diritto alla sicurezza sociale, o meglio, al contenuto minimo/essenziale del diritto medesimo. E' chiaro che in quest'ultima ipotesi, al momento resa più probabile dai fatti, sebbene il principio tedesco dello "stato sociale" abbia guadagnato effettività diventando operativo attraverso la congiunzione con alcuni diritti individuali garantiti dalla Legge Fondamentale, non potrebbe dirsi completo il quadro, e gli esiti sarebbero in effetti molto simili, pur partendo da un contesto differente, rispetto a quelli fatti propri da altri corti costituzionali, quale l'italiana (anche perché qualora il Tribunale costituzionale estendesse l'argomentazione ad altri diritti "a prestazione", nulla fa pensare che non conserverebbe il criterio del nucleo minimo/essenziale al fine, comunque, di circoscrivere la tutela, e con essa il riconoscimento).

## 2.5. Diritti fondamentali e revisione costituzionale.

Ultimo, non per importanza, tra gli indicatori individuati, è quello relativo ai processi di revisione costituzionale.

Il rapporto tra diritti fondamentali e revisione costituzionale si evince in particolare dalla dimensione dei limiti sostanziali al potere di revisione costituzionale, poiché associandosi la fundamentalità (per l'ordinamento) all'espressione del potere costituente, che come tale individua e determina il contenuto stesso della fundamentalità, dalla differenza tra spazio disponibile per il potere costituito e spazio disponibile per il potere costituente si ricaverebbe un contenuto proprio della fundamentalità, rappresentato da principi, e diritti, non rivedibili in quanto manifestazione diretta del potere innovativo e creativo dell'ordine costituzionale. Fuori da questo spazio non si potrebbe parlare di fundamentalità nel senso fatto proprio da questa ricerca, poiché un diritto

---

<sup>77</sup> Cfr. M. A. Trilsch, *Constitutional protection of social rights through the backdoor: What does the "Social state" principle, the right to human dignity and the right to equality have to offer?*, Paper, UiO, in jus.uio.no. Sulla pronuncia v. anche G. Delledonne, "Minimo vitale" e stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale, in *forumcostituzionale*, 2010. Sulla nozione di minimo vitale nel contesto italiano, cfr. E. Vivaldi – A. Gualdani, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Diritto e società*, n. 1/2014, p. 115 ss.

<sup>78</sup> Cfr. I. Winkler – C. Mahler, *Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?*, in *13 2 Human Rights Law Review* 388, 2013, p. 401 ss.

(presuntivamente fondamentale) potenzialmente assoggettabile a revisione costituzionale sarebbe un diritto che l'ordinamento non considera coesistente alla sua esistenza e permanenza in vita, in quanto una sua modifica non comporterebbe la trasformazione dell'ordinamento in altro da sé.

La differenza tra potere costituente e potere costituito, e la definizione, dallo spazio che ne deriva, di un luogo proprio della fundamentalità, sembra appartenere a gran parte dei sistemi che si sono presi in considerazione nella ricerca.

Punto di riferimento è sicuramente quello tedesco, dove l'art. 79, III, della Legge Fondamentale, individuando i limiti al potere di revisione costituzionale, esclude modifiche che intacchino l'articolazione dello Stato federale in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* all'attività legislativa nonché i principi sanciti dagli articoli 1 e 20: si tratta della c.d. "clausola di eternità" (*Ewigkeitsklausel*) o "garanzia di eternità" (*Ewigkeitigarantie*).

La definizione utilizzata dalla dottrina tedesca, e sposata, come si ricorderà, dal Tribunale costituzionale nell'assai noto *Lissabon Urteil*, dove l'eternità diviene "identità", e quindi presupposto e garanzia della sovranità dello Stato<sup>79</sup>, risulta particolarmente significativa e per così dire riassuntiva della nozione di fundamentalità ricavabile dal rapporto tra diritti fondamentali e revisione costituzionale. Fondamentale equivale, infatti, in questo contesto, ad immutabile, e costituisce il tessuto valoriale proprio del sistema, senza il quale, o al mutare del quale, verrebbe meno il sistema stesso.

Al momento dell'approvazione del *Grundgesetz*, l'intenzione del Consiglio parlamentare era soprattutto quella di superare l'esperienza nazionalsocialista dotando di una garanzia supplementare, da un lato, i diritti umani, riconosciuti e tutelati come fondamentali, *ex art. 1*, dall'altro, l'organizzazione democratica, federale e sociale dello Stato, *ex art. 20*; l'intento viene perseguito attraverso la costruzione, all'interno del testo costituzionale, di una gerarchia normativa, che pone la clausola di eternità in una posizione di sovracostituzionalità (si accennerà in seguito al discusso utilizzo di questa nozione nel sistema francese): essa risulta immodificabile a meno di una sostituzione totale della Legge Fondamentale con una nuova costituzione, in base alla previsione dell'articolo 146, che, non si dimentichi, descrive il carattere provvisorio del testo costituzionale del 1949. La fundamentalità ricavabile dalla clausola di eternità riguarderebbe quindi, per ciò che interessa in particolare la protezione dei diritti: la tutela della dignità umana (art. 1, c. 1), i diritti umani intesi come generale fondamento comunitario e come vincolo alla discrezionalità del potere statale (art. 1, cc. 2 e 3), il principio dello Stato sociale, che non trova però esplicazione, come si è precedentemente precisato, nell'enucleazione di veri e propri diritti sociali quali diritti a ricevere determinate prestazioni "assistenziali" e "di benessere" da parte dei pubblici poteri (art. 20, c. 1)<sup>80</sup>.

Come si accennava, il Tribunale costituzionale ha considerato la *Ewigkeitsklausel* come formula propria dell'identità costituzionale tedesca, chiamata a salvaguardare la sovranità dello Stato anche rispetto a processi di integrazione sovranazionale, quale quello di integrazione europea, nell'ambito dei quali si impongono regole e principi potenzialmente in grado finanche di sovvertire i contenuti costituzionali ritenuti come fondamentali da parte dell'ordinamento. Le critiche non sono mancate, soprattutto da parte di chi ha ritenuto l'utilizzo della clausola un ingiustificato freno al processo di

---

<sup>79</sup> Cfr. A. Anzon Demming, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009. Per un commento alla pronuncia, tra i molti che ha suscitato, cfr. V. Baldini, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La "sentenza Lisbona" del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum constitutionem dell'ordinamento sopranazionale)*, in *Rivista AIC*, n. 00, 2 luglio 2010, e R. Bifulco, *Nota a prima lettura alla sentenza del Tribunale federale tedesco del 7 settembre 2011 sui meccanismi europei di stabilità finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

<sup>80</sup> Cfr. L. Mezzetti, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: l'esperienza tedesca* in *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 259-269, J. Woelk, *La Germania: tra numerose revisioni e nucleo essenziale protetto*, in *La manutenzione costituzionale*, a cura di F. Palermo, Padova, Cedam, 2007, pp. 141-179.



integrazione europea, ingiustificato in quanto non coerente con la *ratio* dell'art. 79, § 3, che avrebbe originariamente riguardato la protezione del sistema da deviazioni in senso autoritario assistite da una limitazione solo formale al potere di revisione costituzionale; d'altra parte, come è stato opportunamente evidenziato<sup>81</sup>, oltre al fatto che la preservazione di una fundamentalità ordinamentale propria non impedisce di per sé un'integrazione, certamente è indubitabile che le finalità originariamente attribuite alle disposizioni possono lasciare spazio, nell'evoluzione del sistema, a *rationes* differenti e più attinenti al contesto giuridico-sociale e all'emergere di nuove esigenze costituzionalmente fondate.

La Costituzione spagnola individua invece due diversi procedimenti di riforma costituzionale, con finalità e conseguenze differenti. Da un lato, la "*reforma constitucional*" (artt. 166-167), che rappresenta la modalità di esercizio del potere (costituito) di revisione costituzionale, dall'altro la possibilità di una "*revisión total*" della Costituzione (art. 168), che pure rappresenterebbe esercizio concreto di quest'ultimo, essendo contemplata e disciplinata dallo stesso testo costituzionale. Mentre il primo tipo di intervento sarebbe limitato a specifici aspetti e disposizioni costituzionali, il secondo fenomeno riguarda invece un'integrale riscrittura del testo costituzionale, la cui stessa ipotizzabilità costituzionale esclude la presenza di limiti espliciti alla procedura di revisione costituzionale, sul modello delle Costituzioni italiana e tedesca, ma anche, pur in modo diverso come si vedrà, di quella francese. O meglio, esclude la presenza di limiti sostanziali, volti ad sottrarre norme o principi costituzionali dallo spazio della rivedibilità e così determinare ambiti di sovracostituzionalità, richiedendo però un aggravamento procedurale sia per la revisione totale, sia per la modifica di alcune parti ritenute fondamentali<sup>82</sup>.

Lo stesso *Tribunal Constitucional* ha chiaramente ribadito l'impostazione che potrebbe definirsi procedurale, distinguendola da quelle fatte proprie dagli altri sistemi costituzionali considerati, affermando, nella sent. n. 48/2003, come l'ordinamento costituzionale, non sposando un modello di "democrazia militante", non imponendo cioè l'adesione positiva ai valori ordinamentali, ed *in primis* alla Costituzione, esclude l'esistenza di un "nucleo normativo inaccessibile ai procedimenti di riforma costituzionale" il quale, per la sua stessa intangibilità, possa ergersi ad autonomo parametro di legittimità tanto che qualsiasi intervento pur perfettamente rispettoso delle regole procedurali e procedimentali potrebbe essere considerato invalido per il fatto stesso di incidere sul contenuto di tale nucleo. E' proprio il *Tribunal* a confrontare la Costituzione spagnola con quelle francese e tedesca, sottolineando come la prima non escluda alcuna possibilità di riforma all'interno dei limiti formali procedimentali<sup>83</sup>.

D'altra parte, com'è stato recentemente ricordato, nella Costituzione spagnola l'idea della "democrazia procedimentale" affonda "le proprie radici nella stessa genesi del processo di transizione costituzionale, il quale si è potuto realizzare attraverso una interpretazione formalistica, anziché teleologica, delle procedure di revisione costituzionale dell'anteriore regime franchista"<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. F. Schorkopf, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, n.10/2009, p. 1222.

<sup>82</sup> Cfr. G. Corona, *I problemi della revisione costituzionale in Spagna*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, n. 1, pp. 73-99, R. Punset, *Aporías de la reforma constitucional en España* in *Federalismi.it*, Anno XI, n. 1, 9 gennaio 2013.

<sup>83</sup> Significativa a questo proposito la sent. n. 103/2008, avente ad oggetto il c.d. *Plan Ibarretxe*, cioè il progetto di autodeterminazione unilaterale approvato dal Parlamento basco con la l. n. 9/2008, ma anche la più recente sent. n. 42/2014, con la quale il Tribunale afferma che la Catalogna non ha diritto di autoproclamarsi quale soggetto giuridico e politico sovrano, ma può perseguire l'aspirazione secessionistica nel rispetto delle regole formali e procedurali previste dall'ordinamento costituzionale spagnolo, in assenza di aspirazioni che non possono, sostanzialmente, essere perseguite.

<sup>84</sup> Cfr. R. Ibrido, *Il "derecho a decidir" e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *federalismi.it*, luglio 2014. Si veda peraltro L. Alvarez Alvarez, *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, che definisce il sistema spagnolo un sistema in cui vige la "lealtà procedurale", approccio costituzionale che intrinsecamente consentirebbe qualsiasi revisione costituzionale (nel rispetto delle procedure previste).

Senza soffermarsi su una questione basilare per il diritto costituzionale, ma che evidentemente meriterebbe una riflessione a sé stante, quale il rapporto tra una scelta come questa e il ruolo attribuito al giudice costituzionale, e più in generale il rapporto tra giurisdizione costituzionale e principio democratico<sup>85</sup>, va però sottolineato come, da un lato, l'impostazione prescelta, pur non escludendo certamente l'interpretazione evolutiva del giudice costituzionale, la distingue dall'esercizio, da parte di quest'ultimo, di un potere "sostitutivo" nei confronti del titolare del potere di revisione costituzionale, fino, ad esempio, all'ampliamento del contenuto delle disposizioni costituzionali. D'altro lato, il *Tribunal Constitucional* non ha mancato di sottrarre alla disponibilità del legislatore costituzionale "costituito" settori fondamentali per l'ordinamento, come "la definizione stessa di cosa siano le potestà legislative, regolamentare ed esecutiva comprese nelle competenze di quella che può nominarsi come la Comunità autonoma della Catalogna": è il caso dell'assai nota sent. n. 31/2010 sullo Statuto di autonomia della Catalogna approvato nel 2006, che pure solleva numerose perplessità<sup>86</sup>.

Insomma, l'assenza di un nucleo sostanziale di immodificabilità espresso, o almeno potremmo dire accennato, all'interno del testo costituzionale, non rende necessariamente impotente il giudice costituzionale, anzi potenzialmente ne rafforza il ruolo in sede di interpretazione evolutiva, e finanche creativa<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, *Rigidez y apertura en la Constitución*, in *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, TC y CEPC, Madrid, 2009, p. 26.

<sup>86</sup> A proposito di tale pronuncia, va peraltro ricordata la statuizione del giudice costituzionale spagnolo in base alla quale non soltanto i diritti statutari non sarebbero veri e propri diritti, ma soltanto strumenti per così dire di attuazione demandati alle articolazioni territoriali e non direttamente riconducibili in capo ai cittadini, ma soprattutto, per quello che qui interessa, i diritti fondamentali non potrebbero comunque essere proclamati all'interno degli statuti se non per riprodurre i contenuti dei diritti espressi o immediatamente ricavabili dal dettato costituzionale, in quanto il "concetto stesso di diritto fondamentale esige una paritetica tutela di tutti i cittadini dello Stato e non ammette distinzioni su base territoriale", sul punto cfr. L. Andretto, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sullo statuto di autonomia della Catalogna*, in *Rivista AIC*, 2010. L'idea che la fundamentalità del diritto sia biunivocamente connessa ad una tutela equivalente/omogenea (equivalente o omogenea?) all'interno del territorio nazionale comporterebbe, penso anche al caso italiano, la possibilità di mettere in discussione la fundamentalità per lo meno dei diritti sociali, quando non pure dei diritti civili, che, almeno in parte, si ricolleghino a materie di competenza residuale degli enti territoriali. A meno, nel sistema italiano, di non ritenere sufficiente a garantire equivalenza o omogeneità nella tutela la già citata lett. *m*), che però fa riferimento alla determinazione di livelli essenziali, con ciò, come pacificamente si ritiene, non impedendo interventi volti a spostare il livello di attuazione e protezione del diritto verso l'alto.

<sup>87</sup> Esempio evidente è offerto dal tema del matrimonio omosessuale. Prima della legge n. 13/2005 sul matrimonio egualitario in Spagna, il *Tribunal constitucional* con l'ordinanza n. 222/1994 (non irrilevante che si trattava di un ricorso di amparo) aveva stabilito che la mancata possibilità per il partner sopravvissuto di una coppia omosessuale di ottenere la pensione del deceduto non violasse alcun disposto costituzionale: la Corte rivendicava infatti una costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale (già affermato in un *obiter dictum* dalla sentenza n. 184/1990), che non avrebbe offerto alcuna base costituzionale alla pretesa del ricorrente. La legge del 2005, come accennato, introduce la disciplina del matrimonio egualitario, superando il controllo di costituzionalità (richiesto dal Partito popolare); nella sentenza n. 198/2012 infatti il *Tribunal* ritiene che, malgrado il disposto incontrovertibile dell'art. 32, Cost. (che parla di matrimonio fra uomo e donna, in effetti, benché il *Tribunal* si sforzi molto per dimostrare che la dizione debba essere intesa come libertà per entrambi i sessi di contrarre matrimonio, senza specificare con chi), l'interpretazione dell'istituto del matrimonio possa essere oggetto ad un'interpretazione evolutiva guidata dalle trasformazioni sociali. Ritenendo quindi che il legislatore non abbia compromesso il *contenido esencial* del diritto al matrimonio (cfr. T. F. de Freitas - D. Tega, *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer-Verlag, 2014), il *Tribunal* ritiene legittima la legge ordinaria aprendo la via peraltro anche all'estensione del regime delle adozioni. Secondo quanto affermato dal giudice costituzionale, la sua sentenza non sovvertirebbe quanto riconosciuto nel 1994, in quanto in quell'occasione non si sarebbe formalizzato il paradigma eterosessuale come intrinseco nel matrimonio, ma consacrato come una delle opzioni costituzionalmente valide. Se da un lato non può trascurarsi il ruolo esercitato sulla sentenza del 2012 da parte della comparazione, nel senso del dialogo che il giudice spagnolo instaura con gli altri

Sul piano della fundamentalità, sembra potersi proporre due ordini di considerazioni.

L'affermata esclusione della natura "militante" della democrazia, che andrebbe peraltro discussa alla luce di alcune posizioni espresse dallo stesso *Tribunal Constitucional* quando si tratti di tutela della libertà di espressione<sup>88</sup>, orienterebbe l'ordinamento verso una fundamentalità "debole" dei diritti che la Costituzione protegge, in quanto, non configurandosi alcun valore a tal punto fondativo da prevalere sulla democraticità del sistema, questa implicherebbe il "diritto" del potere politico, non soltanto sotto forma di potere (in quanto) costituente ma anche nei limiti procedurali fissati per il potere (in quanto) costituito, di modificare tutte le norme del patto costituzionale: anche i diritti sanciti dalla Costituzione, quindi, rientrerebbero nella piena disponibilità del legislatore e sarebbero tutelati alla condizione risolutiva del perdurante assenso da parte della maggioranza politica.

Al contempo, sul versante proprio dei diritti, la distinzione tra "amparabili" e non "amparabili", istituisce una gerarchia tra norme che l'assenza del "nucleo di immodificabilità" aveva escluso, riproducendo forse, sebbene in altra forma e attraverso l'esclusivo strumento della giustiziabilità (si veda l'indicatore relativo alle modalità di accesso), un sistema *two-tier* di regolazione costituzionale.

Oggi, la dottrina spagnola<sup>89</sup> mette in luce come pure in assenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale, di c.d. clausole di eternità, ed anzi in presenza di una clausola di revisione totale del testo costituzionale, anche il sistema spagnolo conosce in realtà un limite materiale costituito dai diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e nell'assetto che si articola intorno al riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri. La partecipazione all'ordinamento europeo, dunque, comporterebbe un'inevitabile "frammentazione del potere costituente"<sup>90</sup>, che lungi dal mantenere le caratteristiche di originarietà e assolutezza che tradizionalmente gli vengono ricondotte, descrivendolo talvolta come forza dirompente, innovativa e conflittuale<sup>91</sup>, troverebbe oggi un limite giuridico di fatto snaturante.

Se in senso passivo l'ordinamento europeo produrrebbe tale effetto, esso agirebbe anche per così dire in senso attivo<sup>92</sup>, determinando le modifiche costituzionali che sono state introdotte al fine di integrare il diritto europeo all'interno del sistema costituzionale statale. A partire da quella del

---

giudice interessati dalla questione dei diritti delle persone omosessuali (cfr. R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2012), dall'altro l'elemento centrale, specie con riguardo alla definizione di fundamentalità, sembra essere quello della riscrittura da parte del giudice dei contorni del diritto fondamentale, pur nel mantenimento della distinzione tra il livello della garanzia costituzionale e il livello del (discrezionale) riconoscimento legislativo. Infatti, l'art. 32 rappresenta l'unica disposizione costituzionale in materia di diritti fondamentali nella quale la titolarità del diritto viene attribuita a "l'uomo e la donna" anziché a "gli spagnoli", "ogni persona", "i cittadini", formule conosciute all'interno di disposizioni costituzionali, ma nonostante questo, il *Tribunal* non manca di orientare questa scelta lessicale nel senso dell'affermazione dell'eguaglianza giuridica tra i coniugi, e quindi in funzione antidiscriminatoria (cfr. C. Guerrero Picò, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei. Spagna*, P. Passaglia (a cura di), Report, Ufficio Studi Corte costituzionale). Quindi, allarga la fundamentalità costituzionalmente riservata alla coppia eterosessuale (escludendo la sussistenza di un paradigma eterosessuale del matrimonio) e dando così vita ad un'estensione del diritto avente natura fondamentale ma soggetto alla condizione risolutiva di un intervento legislativo difforme, limitato forse soltanto dall'affermazione, pur forte, del *Tribunal* secondo la quale il nuovo regime dell'istituto matrimoniale introdotto nel 2005 rappresenterebbe un progresso in termini di garanzia del valore della dignità umana e del libero sviluppo della personalità.

<sup>88</sup> Il riferimento va qui alla sent. n. 235/2007 in materia di negazionismo, dove si ravvisa la legittimità della criminalizzazione della giustificazione dell'Olocausto, distinguendola dalla condotta di mera negazione.

<sup>89</sup> Si fa riferimento da ultimo all'intervento di F. Balaguer Calléjon, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola*, in Costantino Mortati, *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, convegno di studi, Università di Roma "La Sapienza", 14 dicembre 2015.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> Si vedano le suggestive pagine di A. Negri, *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, Castel San Pietro Romano, Manifestolibri, 2002.

<sup>92</sup> Cfr. F. Balaguer Calléjon, cit.

1992, nella quale il diritto europeo ha agito in funzione di revisione costituzionale<sup>93</sup>, per arrivare a quella del 2011<sup>94</sup>, con la quale l'Unione europea manifesta un vero e proprio potere costituente, un potere quindi non eteronomo ma autonomo, il cui fondamento risiederebbe invero nella crisi economica e nelle sue conseguenze fattuali dal punto di vista sociale e politico.

Accanto a questo limite materiale, opererebbe comunque, dall'interno del sistema costituzionale, un ulteriore limite ordinamentale relativo alla configurazione della forma di stato nel modello dello stato autonomo. Benché il principio del decentramento e dell'articolazione territoriale non sia presente nel testo costituzionale (ed anzi la Spagna si caratterizzi, com'è noto, per la previsione costituzionale di una forma di stato "aperta", e basata su un principio dispositivo, o volontaristico), la creazione di nuclei di potere autonomo (sebbene non di sovranità, secondo la distinzione operata anche dal *Tribunal Constitucional* in particolare con riferimento alla questione della Catalogna), ciò che rappresentano le *Comunidades Autónomas*, costituirebbe ormai un elemento per lo meno politicamente immodificabile.

In Francia la questione è forse più complessa. In primo luogo, si sottolinea una discrepanza tra la dottrina (Favoreu in particolare, come si vedrà) e la giurisprudenza costituzionale che, anche in funzione di definizione del proprio ruolo (ciò che – come diremo – riguarda anche l'esperienza italiana), ha negato, almeno in un primo momento, l'idea dell'esistenza di una dimensione di sovracostituzionalità, per poi accettarne una dimensione sfumata, e infine tornare a negarne l'operatività. D'altra parte, non deve sfuggire come la peculiarità del sistema francese derivi in gran parte dalla natura della legge referendaria del 1962, nella quale si incarnerebbe immediatamente la sovranità popolare, trattandosi di atto del popolo, e, ancor prima, dall'art. 3 della Costituzione<sup>95</sup>, che imputa al popolo la sovranità, senza vincolarla al rispetto della Costituzione, e lasciando così sempre aperta la possibilità di superare il testo costituzionale da parte del sovrano, a prescindere dalla forza dell'atto di "revisione". Così, nel caso della legge del 1962, la sua insindacabilità non nascerebbe tanto allora dalla sua "funzione" di revisione costituzionale, bensì dalla sua derivazione popolare diretta in un sistema in cui la sovranità appartiene al popolo *sic et simpliciter*, e dove quindi sovranità nazionale e sovranità popolare non coincidono.

Per quanto concerne i limiti sostanziali alla revisione costituzionale<sup>96</sup>, essi si rintracciano in quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 89, dove si stabilisce, analogamente all'art. 139 Cost. italiana, che la forma repubblicana non possa essere oggetto di revisione costituzionale. Senza potersi qui

---

<sup>93</sup> Si tratta della riforma costituzionale adottata a seguito della firma del Trattato di Maastricht da parte della Spagna. In quell'occasione venne riformulato l'art. 13 della Costituzione per poter offrire copertura costituzionale al diritto di elettorato attivo e passivo per i cittadini europei residenti in Spagna in occasione delle elezioni amministrative locali.

<sup>94</sup> Si tratta della modifica dell'art. 135 della Costituzione per l'introduzione del principio di equilibrio tendenziale di bilancio, approvata in entrambe le Camere con una maggioranza dei 3/5 richiesti dalla Costituzione (art. 167) e senza richiesta di referendum confermativo (richiedibile da un decimo dei componenti di ciascuna Camera). Hanno votato a favore, oltre ai Popolari, anche i Socialisti. La riforma ha poi previsto una legge organica con il compito di attuare i principi stabiliti nel nuovo articolo 135 della Costituzione, *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale n. 103 del 30 aprile 2012.

<sup>95</sup> Secondo il quale, si ricorda, la sovranità appartiene al popolo che la esercita attraverso i suoi rappresentanti e per mezzo del referendum.

<sup>96</sup> Cfr. D. G. Lavroff, *De l'abus des réformes: réflexions sur le révisionnisme constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 5/2008, pp. 55-71, A. Levade, *La révision du 23 juillet 2008*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2009, pp. 299-316, S. Pierré-Caps, *La questione della revisione costituzionale in Francia: la sovranità del potere costituente alla prova del metodo*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 309-327.

soffermare sull'origine storica della disposizione<sup>97</sup>, l'interpretazione della stessa ha proposto per una portata del comma che si estenda oltre la forma di governo in senso stretto<sup>98</sup>.

Per quello che rileva ai nostri fini, l'aspetto centrale è quello della configurabilità o meno di una gerarchia all'interno delle norme costituzionali, che consenta così di determinare se e in che termini esista una fundamentalità da riconoscersi ad alcune disposizioni e, eventualmente, ad alcuni diritti, sulla base della loro irriducibilità. Nel sistema francese, la questione ruota intorno alla c.d. "supraconstitutionnalité"<sup>99</sup>, sia per l'individuazione dell'esistenza o meno di una gerarchia, sia, quale passaggio successivo, per la determinazione di quali siano i contenuti costituzionali che effettivamente si porrebbero come costituzionalmente superiori agli altri, e se di questi facciano parte principi e valori da intendersi come limiti sostanziali impliciti, secondo l'idea, di Favoreu, che si imponga un insieme comune di principi e diritti identificabili e riconosciuti ai quali peraltro si ispirerebbero già i giudici costituzionali europei.

Se sul punto si cercano risposte dal *Conseil*, si riscontra come l'atteggiamento del giudice costituzionale sul punto attraversi varie fasi, prevalentemente caratterizzate da un generale scetticismo verso la possibile limitazione del potere di revisione costituzionale.

La decisione del 1962 avente ad oggetto la citata *loi référendaire* sull'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica sembrava negare radicalmente la possibilità dell'individuazione di limiti sostanziali, ma, come già accennato, non poteva essere considerata esaustiva per due ragioni: da un lato, perché essa risultava funzionale ad una delimitazione, da parte del *Conseil*, delle proprie attribuzioni, che avrebbero dovuto essere previste espressamente all'interno della Costituzione; dall'altro, perché quella legge assumeva una valenza tutt'affatto particolare, rappresentando un'espressione diretta della volontà popolare.

Trent'anni dopo, la decisione n. 92-312 DC, relativa al Trattato di Maastricht, afferma con nettezza che il potere costituente è sovrano, e si può esprimere nell'abrogazione, nella modifica o nell'integrazione delle disposizioni di valore costituzionale nella forma e nelle modalità che ritiene più appropriate, così come nulla si oppone all'introduzione all'interno del testo costituzionale di nuove disposizioni che siano in grado di derogare ad una regola o ad un principio di valore costituzionale, in maniera sia espressa che implicita, ciò però nel rispetto dei limiti espressamente stabiliti dalla Costituzione, di ordine tanto formale e temporale quanto sostanziale.

Insomma, la decisione non dava spazio alla "teoria" della *supraconstitutionnalité*, e non considerava dunque l'emersione di principi e diritti che traessero linfa direttamente dal sistema nel suo complesso o dalla norma di cui all'art. 89, Cost., ma da questi ulteriormente si espandessero.

Un ulteriore capitolo della vicenda è segnato dalla *décision* n. 2003-469 DC, pronunciata con riguardo alla legge costituzionale sulla decentralizzazione/regionalizzazione: il *Conseil* afferma in maniera piuttosto lapidaria che non vi sono disposizioni costituzionali in grado di fondare il potere del giudice costituzionale di sindacare una revisione costituzionale. Sembra dunque che il potere

---

<sup>97</sup> Cfr. P. Passaglia, *La Costituzione dinamica, Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, spec. p. 278 ss.

<sup>98</sup> Secondo Passaglia, *ibidem*, si tratterebbe in effetti di un'interpretazione logica: poiché la natura permanente del potere costituente originario esclude una rottura ordinamentale a meno che non si incida sulla titolarità della sovranità in capo al popolo, e poiché i limiti sostanziali alla revisione ex art. 89 mirano a dare stabilità all'ordinamento, e non già a favorirne la dissoluzione o la trasformazione profonda, la previsione dell'immodificabilità della forma repubblicana non può che andare oltre il mero rispetto formale del testo costituzionale. In questo senso l'art. 89 trasferirebbe la sua operatività dalla forma di governo alla forma di stato, con particolare riferimento alla sua natura democratica.

<sup>99</sup> Cfr. M. Troper, *Le problème de l'interprétation et de la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 133 ss. e L. Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, n. 67, 1993, p. 71 ss.

costituente derivato (cioè il potere di revisione costituzionale) non abbia limiti, e condivide con il popolo una piena e assoluta sovranità<sup>100</sup>.

Oggi il problema carsicamente riemerge per i rapporti con l'Unione europea sotto il profilo della salvaguardia dell'identità repubblicana/costituzionale (si tratta, in fondo, della trasposizione francese di quanto visto con il *Lissabon Urteil* in Germania), incidendo in maniera anche significativa sui diritti, soprattutto quelli che hanno segnato e segnano con particolar forza la tradizione propria dell'ordinamento, basti pensare ai diritti derivanti dal principio di laicità dello Stato (art. I della Costituzione).

In Italia, la questione sembra potersi articolare intorno a tre principali profili: (a) quello del rapporto tra revisione costituzionale e autoqualificazione del ruolo del giudice costituzionale, (b) quello relativo all'individuazione dei diritti immutabili e dell'eventuale identificazione di tale categoria con quella, letteralmente conosciuta, dei diritti inviolabili, e (c) quello del rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda nell'operatività della revisione costituzionale (evidentemente connessa alla topologia dei diritti e quindi all'indicatore che desume la fondamentale dalla collocazione della disposizione normativa contenente il diritto: v. 2.2), e dunque della configurabilità o meno della Costituzione come fonte "unitaria".

Com'è noto, pur esistendo nella lettera del dettato costituzionale un solo limite sostanziale, individuato nell'art 139 Cost., che sancisce l'immutabilità della forma di stato repubblicana, ormai da tempo si ritiene che in essa debbano farsi confluire elementi ulteriori rispetto alla mera definizione della c.d. questione istituzionale risolta con il referendum del 2 giugno 1946 e assunta all'interno del testo costituzionale<sup>101</sup>. Tali elementi, che sarebbero rintracciabili all'interno della nozione stessa di Repubblica, comprenderebbero in particolare il principio democratico e quello dell'eguaglianza, formale e sostanziale, ex art. 3 Cost. Più problematico è quindi se la garanzia dei diritti inviolabili possa o debba configurarsi come limite esplicito. Per un verso, il riferimento all'invulnerabilità li colloca certamente in una posizione di particolare protezione all'interno del sistema costituzionale, peraltro non vi è chi non ritenga che l'immutabilità degli stessi riguardi soltanto il "nucleo duro" del diritto, e non la disposizione normativa nella sua interezza.

Certo, i diritti (fondamentali), almeno in parte, non potrebbero che rientrare nei limiti impliciti alla revisione, rappresentati dai principi supremi della Carta che appartengono all'"essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (secondo la ben nota sentenza n. 1146/1988, Corte cost.): tali valori costituirebbero in qualche modo una "costituzione materiale", vale a dire che di fronte al rischio di vedere minacciata l'identità stessa dell'ordinamento giuridico si imporrebbe l'esigenza di uno strumento di revisione capace di garantire la tenuta di quel nucleo di valori supremi che caratterizzano stabilmente la scelta costituente.

Fatte queste premesse, l'utilizzo dell'istituto della revisione costituzionale nella ricerca dei diritti fondamentali all'interno (e all'esterno) delle Costituzioni, e nella giurisprudenza costituzionale in particolare, deve tenere conto di come nel tracciare i suoi contorni i giudici costituzionali possano essere e siano spesso condizionati dall'esigenza di definire il proprio ruolo.

In particolare, a differenza della scelta operata da altre Corti (si pensi alla citata esperienza del *Conseil constitutionnel*), la Corte costituzionale italiana si è riconosciuta competente a giudicare la conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale sia delle leggi di revisione

---

<sup>100</sup> Come sottolinea Passaglia, cit., in realtà altre pronunce immediatamente successive hanno sostenuto l'idea dei limiti alla revisione costituzionale, v. *décision* n. 2003-478 DC, del 30 luglio 2003 (*considérant* 3), e poi nella *décision* n. 2004-490 DC, del 12 febbraio 2004 (*considérant* 8) e, infine, nella *décision* n. 2004-503 DC, del 12 agosto 2004 (*considérant* 9).

<sup>101</sup> Cfr. Cfr. A. Pizzorusso, *sub art. 139 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 736, e, in seguito, T. Groppi, *La revisione della Costituzione. Commento all'art. 138*, in AA.VV. (a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, nonché E. Grosso - V. Marcenò, *Commento all'art. 139*, in AA.VV. (a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti), *Commentario della Costituzione*, *ibidem*.

costituzionale, sia delle altre leggi costituzionali, in base all'assunto (evocativo della nota *Marbury vs. Madison*) per il quale se questo non fosse possibile "si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore" (sent. n. 1146/1988).

L'*actio finium regundorum* comporta, posta l'assenza nel dettato costituzionale di elementi che inequivocabilmente enucleino i diritti e i principi da considerarsi parametro di legittimità per gli interventi riformatori, che la concreta determinazione di quali essi siano è rinviata per lo più alla valutazione da parte della Corte costituzionale, chiamata così, sebbene non in via esclusiva, a pronunciarsi sul nucleo di fundamentalità ordinamentale intorno al quale possono articolarsi modifiche e trasformazioni del diritto costituzionale vigente che non comportino l'esercizio, questo inammissibile, di un vero e proprio potere costituente<sup>102</sup>.

Quindi, il giudice costituzionale afferma l'esistenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale non immediatamente riconducibili alla lettera della Carta, anche al fine di contestualmente affermare la propria competenza nella loro individuazione, autoqualificandosi in tal modo quale principale, se non unico, interprete della fundamentalità.

Circa l'individuazione dei diritti immodificabili (b), si è già ricordato come la discussione affondi le proprie radici nell'interpretazione da attribuire all'art. 2 Cost., e nella circostanza per la quale da un lato la Costituzione stabilisce, genericamente, la natura "inviolabile" dei diritti dell'uomo (utilizzando quindi la nozione per così dire pre-ordinamentale di diritti umani), dall'altra ne specifica un elenco tramutando, almeno quelli espressamente sanciti, in diritti (potenzialmente) fondamentali<sup>103</sup>, la cui fundamentalità può appunto essere valutata, tra l'altro, attraverso il canone della immodificabilità attraverso le ordinarie (in quanto costituzionalmente previste) procedure di revisione costituzionale.

Guardando all'art. 2, Cost., va sottolineato innanzitutto che l'attributo "inviolabile" non è del tutto sovrapponibile a "irrieducibile" o "immodificabile", ed anzi un'eventuale identificazione tra gli aggettivi non sarebbe rintracciabile né nei lavori preparatori, in sede di Assemblea costituente, né sul fronte dottrinario<sup>104</sup>. Peraltro, la logica di tale distinzione poserebbe sulla considerazione per cui "in una Costituzione rigida, la revisione di una disposizione costituzionale – se prevista dalla fonte competente, e cioè dalla stessa Costituzione, e se esercitata nel rispetto della procedura prevista – non può, per definizione, essere qualificata 'in violazione' della Costituzione, a meno che non contravvenga ad eventuali limiti assoluti specificamente previsti in Costituzione"<sup>105</sup>. I diritti inviolabili, in quanto tali, dunque non sarebbero necessariamente immodificabili (concorrendo a tale conclusione anche gli esiti del dibattito in Assemblea costituente e la bocciatura della proposta che li avrebbe sottratti alla revisione costituzionale<sup>106</sup>), ma lo sarebbero nella misura in cui

---

<sup>102</sup> Cfr. M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, spec. p. 254 ss.

<sup>103</sup> Sul tema cfr. P.F. Grossi, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1969, spec. p. 94 ss.

<sup>104</sup> Cfr. S. Gambino, *La revisione della Costituzione fra teoria costituzionale e tentativi (falliti) di 'decostituzionalizzazione'. Limiti sostanziali e 'costituzione materiale'*, in S. Gambino – G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, p. 62 ss.

<sup>105</sup> Cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit. spec. p. 43.

<sup>106</sup> Si tratta della proposta avanzata da Benvenuti di introdurre un articolo 130-bis contenente il divieto espresso di modificare le disposizioni relative ai "diritti di libertà e del lavoro", cfr. *Atti dell'Assemblea costituente, Discussioni*, CCCXVII, p. 4332, "Le disposizioni della presente Costituzione che garantiscono i diritti di libertà e del lavoro, rappresentando l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie". La ragione del mancato successo della proposta risiede principalmente nell'idea per cui il nucleo di principi e valori sovraconstituzionali, intangibili, e sottratti alla disponibilità del potere di revisione costituzionale, non possa essere definito positivamente, e circoscritto storicamente, in quanto "al di sopra delle mutevoli esigenze della vita politica", cfr. intervento di Aldo Moro, 3 dicembre 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, cit.

“costituiscono il nucleo essenziale del sistema; nel senso che, una volta modificato, muta il regime, si rompe la continuità del potere”<sup>107</sup>.

Se si sposa questa impostazione, si ritiene allora che i diritti inviolabili non siano necessariamente diritti fondamentali, e che l’individuazione di questi ultimi debba passare attraverso l’individuazione da un lato di quelli tra i diritti proclamati inviolabili che, in quanto strettamente identificativi del sistema costituzionale definito nel momento costituente, risultano fondamentali e dunque immodificabili, dall’altro dei contenuti essenziali degli altri diritti inviolabili. Che è poi la prospettiva che accolgo nella presente ricerca e tento di ricostruire attraverso l’utilizzo degli indicatori prescelti.

Sulla seconda operazione, si rinvia a quanto già rilevato in precedenza (v. 2.4.).

La prima operazione pare invero ardua, e la variabilità delle soluzioni proposte dalla dottrina di ciò sarebbe testimonianza; l’unico dato per così dire incontrovertibile, anche perché derivante dalla giurisprudenza costituzionale, sembra essere quello che esclude la qualificazione di diritti fondamentali, nel senso di diritti imprescindibili per la garanzia della continuità costituzionale, alla totalità dei diritti espressi all’interno della Parte prima<sup>108</sup>.

Se si guarda alla giurisprudenza costituzionale al fine di rintracciare la relazione tra diritti inviolabili e fundamentalità, si possono identificare alcune pronunce nelle quali la Corte collega l’attributo dell’invulnerabilità alla categoria dei principi supremi dell’ordinamento stabilendo in tal modo, ai nostri fini, la fundamentalità dei diritti in questione<sup>109</sup>.

Una prima sentenza è la n. 235/1988, nella quale la Corte si sofferma sul diritto di elettorato passivo. La pronuncia ha ad oggetto una legge regionale in materia di cause di incompatibilità all’elezione alla carica di consigliere comunale, nella quale si stabilisce una disciplina più restrittiva rispetto a quella nazionale, e in questo caso la Corte accerta la compressione di “un diritto politico fondamentale che l’art. 51 Cost. riconosce e garantisce a ogni cittadino con i caratteri propri dell’invulnerabilità”.

Un riferimento va certamente alla sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* abrogativo dell’art. 1 della l. n. 194/1978 in materia di interruzione volontaria della gravidanza. La Corte era chiamata a valutare se la richiesta fosse compatibile con l’interpretazione dell’art. 75 Cost., in base alla quale dovevano essere ritenute inammissibili iniziative referendarie volte ad abrogare norme di legge a contenuto costituzionalmente vincolato. La Corte, in sede di dichiarazione di inammissibilità della richiesta, afferma che “il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell’ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l’espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – «all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»”. La Corte non si limita a riscontrare la natura costituzionalmente vincolata del contenuto della legge potenzialmente oggetto di referendum abrogativo<sup>110</sup>, bensì si spinge a tracciare un legame necessario tra un diritto, il diritto alla vita, peraltro non espressamente enunciato all’interno della Costituzione, ma, evidentemente, precipitato di un principio personalista inteso, per così dire, in senso forte e sostanziale, e i principi supremi dell’ordinamento, determinanti il nucleo dell’irrevisibilità.

---

<sup>107</sup> Cfr. A. Cerri, *Le fonti del diritto. Problemi generali*, Trieste, 1990, p. 37.

<sup>108</sup> Cfr. F. Modugno, *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, *passim*, che non utilizza però nel senso nostro la distinzione tra diritti inviolabili e fondamentali, qualificando come fondamentali, ma non nel senso di immodificabili, tutti i diritti espressi all’interno della Costituzione.

<sup>109</sup> Si veda da ultimo, per un’analisi della nozione di principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, il bel volume di P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015.

<sup>110</sup> Cfr. P. Faraguna, *ibidem*.



Evidente il legame nella sent. n. 366/1991, in materia di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione, dove la Corte espressamente afferma che questi “costituiscono un diritto dell’individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali”, riconoscendo “una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità”: da un lato, *ex art. 2 Cost.*, tale per cui “il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente”, dall’altro derivante specificamente dalla disposizione di cui all’art. 15 Cost., in quanto “lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l’intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell’interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell’autorità giudiziaria”.

Infine, un cenno va alla sentenza n. 238/1996, in cui la Corte riconduce la libertà personale, espressamente inviolabile *ex art. 13, Cost.*, ai “valori supremi” dell’ordinamento.

Quello che manca è una controprova definitiva: una giurisprudenza nella quale la Corte sia chiamata direttamente a giudicare della legittimità di revisioni costituzionali che incidano su diritti della Parte Prima, che pure, va ricordato, non sono stati immuni da interventi, per quanto limitati, del legislatore costituzionale di revisione<sup>111</sup>.

Un ultimo aspetto rilevante è quello (c) del rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda.

Sotto questo profilo occorre distinguere tra ciò che ci suggerisce la teoria costituzionale, o meglio la Costituzione stessa, se interpretata nello spirito del costituzionalismo già incarnato nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, e i “dati” che ci fornisce la nostra storia e la nostra attualità costituzionale.

Se è vero che i principi fondamentali hanno una valenza superiore non solo, o non tanto direi, per la fonte da cui derivano, ma soprattutto per il loro contenuto, in quanto enunciano i valori fondanti il sistema costituzionale nella sua interezza, e si impongono così anche alle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, è vero allora che essi sono in grado di prevalere anche sulle altre norme costituzionali che, a differenza di questi, non traducono direttamente i paradigmi valoriali sui quali il sistema poggia: secondo questa prospettiva esisterebbe una gerarchia sostanziale tra norme, anche all’interno della Costituzione<sup>112</sup>. Fin qui, *nulla quaestio* se il parametro contenutistico si applica anche a prescindere dalla collocazione della norma. A parte i principi fondamentali, una superiorità gerarchica sostanziale potrebbe infatti essere attribuita, in questa prospettiva, a tutte le disposizioni contenenti norme essenziali, dal punto di vista assiologico, indipendentemente dall’aspetto topologico. La stessa fundamentalità del diritto nella prospettiva della revisione costituzionale potrebbe dipendere dal contenuto proprio del diritto, e dalla sua maggiore o minore connessione con i principi fondamentali dell’ordinamento.

Compatibile con quest’idea è quella, che nasce appunto nell’art. 16 della Dichiarazione rivoluzionaria, per cui il modello istituzionale non sarebbe neutro rispetto all’effettiva tutela delle libertà fondamentali<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Si ricorda infatti che sono stati modificati l’art. 27, c. 4, dalla l. cost. n. 1/2007, al fine di prevedere il divieto assoluto della pena di morte, prima consentita nei casi previsti dalle leggi militari di guerra; l’art. 48, c. 3, dalla l. cost. n. 1/2000, che ha introdotto il comma in cui si prevede che “La legge stabilisce requisiti e modalità per l’esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all’estero e ne assicura l’effettività. A tale fine è istituita una circoscrizione Estero per l’elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge.”; l’art. 51, c. 1, secondo periodo, aggiunto dalla l. cost. n. 1/2003, che ha previsto che al fine di garantire la parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive “La Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini.”.

<sup>112</sup> Cfr. S. Bartole, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?* in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1988, p. 5571.

<sup>113</sup> Cfr. A. Cerri, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della*

La questione dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale, dunque, è strettamente connessa al duplice criterio della continuità dell'ordinamento e dell'unitarietà della Costituzione<sup>114</sup>.

La revisione costituzionale non si trasforma in esercizio di potere costituente se e solo se i principi e i valori costitutivi del sistema risultano intangibili e quindi immodificabili, indipendentemente dalla collocazione nell'una o nell'altra parte del testo costituzionale.

L'aspetto più rilevante e convincente di una visione organicistica della Costituzione, e utile ai fini della presente indagine, sta nell'idea, mortatiana, per cui tali principi e valori non sarebbero astrattamente individuabili *una tantum*, ma andrebbero rinvenuti "storicamente". Così come la fundamentalità presenterebbe un certo grado di relatività spazio-temporale, la stessa fundamentalità delle norme costituzionali tale da sottrarle ad eventuali revisioni andrebbe valutata caso per caso, verificando se e in che modo un eventuale intervento riformatore possa incidere sulla dimensione sostanziale della forma di Stato e, in particolare, sulle condizioni che debbono in ogni momento consentire, all'interno dell'ordinamento, una piena partecipazione politica e la conseguente espressione democratica della volontà popolare.

Applicando questo paradigma ci si rende presto conto che non è affatto detto che tutto quello che attiene alla forma di governo, ad esempio, sarebbe modificabile, così come non necessariamente tutti i diritti, o i doveri costituzionali, e i loro corollari, sarebbero immodificabili (cosa che la stessa giurisprudenza costituzionale, articolandone l'applicazione e la dimensione attraverso l'interpretazione evolutiva in particolare, ha di fatto mostrato nel tempo).

La storia e l'attualità costituzionale, d'altra parte, come si sottolineava, mostrano un quadro diverso, dipinto per la prima volta nella legge del 1993 istitutiva della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali c.d. De Mita Iotti<sup>115</sup>; un quadro nel quale la topologia pesa molto, e la fundamentalità sembra essere una caratteristica riguardante soltanto i diritti espressamente proclamati come tali, e presenti nella Parte Prima della Costituzione.

Questo quadro trascura l'incidenza che molte disposizioni contenute nella Parte Seconda possono esercitare sulla Parte Prima, soprattutto quando si tratta di norme aventi un certo peso in termini di principio e applicate in ambiti che attengono anche direttamente la tutela dei diritti, basti pensare<sup>116</sup> alle modiche del Titolo V, Parte II, della Costituzione in materia di sussidiarietà (verticale e orizzontale), alla già citata modifica dell'art. 117, c. 2, Cost., per quanto riguarda la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, e, da ultimo, alla modifica dell'art. 81 in materia di equilibrio tra entrate e spese del bilancio, che rende il c.d. pareggio di bilancio un obiettivo vincolante per i pubblici poteri, che risultano così evidentemente orientati, se non puntualmente indirizzati, nella definizione delle politiche pubbliche – e quindi nelle scelte concernenti per lo meno il *quantum* della tutela dei diritti – da criteri (presuntivamente oggettivi) di tipo economico-finanziario, in grado di produrre un impatto significativo sulla fundamentalità degli

---

*giurisprudenza costituzionale. Relazione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2002.

<sup>114</sup> Cfr. C. Mortati, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, e le riflessioni che, a partire dalla lettura di Mortati, suggerisce da ultimo G. Azzariti, intervento, *Revisione costituzionale e rapporto tra parte prima e parte seconda della Costituzione*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, convegno di studi, Università di Roma "La Sapienza", 14 dicembre 2015, cit. Per una critica all'opposta, recente ma non troppo, tendenza a frammentare il dettato costituzionale lasciando la Parte Seconda in balia di generalizzate modifiche tutte tese ad un presunto ammodernamento del sistema, cfr. Id., *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, 2016.

<sup>115</sup> Si ricorda in proposito la l. cost. n. 1/1993 ha assegnato alla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, il compito di elaborare un progetto organico di revisione costituzionale relativo alla parte II della Costituzione ("Ordinamento della Repubblica"), con esclusione della sezione II del titolo VI (Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali), nonché delle proposte di riforma dei sistemi elettorali per l'elezione degli organi costituzionali. La legge ha inoltre introdotto un procedimento di revisione costituzionale parzialmente derogatorio rispetto a quello previsto dall'art. 138, Cost.

<sup>116</sup> Alcuni di questi esempi sono proposti da G. Azzariti, nell'intervento citato nella nt. 77.

stessi<sup>117</sup>.

Per tornare agli obiettivi propri della ricerca, si evince quindi come le alterazioni nella valutazione del rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda della Costituzione italiana in sede di revisione costituzionale possano nondimeno incidere sulla qualificazione della fundamentalità dei diritti (contenuti nella Parte Prima o derivanti dai Principi fondamentali): quando interventi sull'organizzazione istituzionale, il riparto di competenze, la forma di governo, interessano e sono in grado di alterare forma e contenuto della tutela di un diritto costituzionalmente garantito, mettono immediatamente in discussione la fundamentalità che l'ordinamento allo stesso intende attribuire. E' il caso, ancora una volta, dei diritti sociali, ma non soltanto: si pensi ad esempio all'impatto che modifiche alla forma di governo potrebbero esercitare sul diritto di voto e soprattutto sul diritto alla partecipazione democratica per come derivante dall'art. 1, Cost.

## **2.6. Primi risultati: uno statuto della fundamentalità.**

Prima di applicare il sistema degli indicatori a due esperienze particolari, individuate per le ragioni che si espliciteranno, qualche conclusione almeno provvisoria deve essere tratta.

In primo luogo, l'analisi compiuta attraverso gli indicatori ha mostrato come la "fundamentalità" non possa essere considerata come un attributo intrinseco al diritto (in quanto come tale definito, o espressamente qualificato, o riconosciuto nel diritto positivo o dalla giurisprudenza), bensì come conseguenza derivante dal trattamento che il diritto riceve, vale a dire dalla sua concreta applicazione, ordinamento per ordinamento.

La domanda di ricerca da cui prende le mosse il Convegno, "Che cos'è un diritto fondamentale?", non può quindi trovare una risposta generale che non sia: diritto fondamentale è quel diritto che l'ordinamento mostra di ritenere tale in base al riconoscimento esplicito o implicito che ne opera (dove il riconoscimento espresso non è necessariamente sintomo di maggiore fundamentalità, nel caso in cui quello implicito risulti "coperto" da clausole di riconoscimento degli ulteriori diritti innominati ovvero da principi/valori fondamentali che direttamente lo comportano), alla collocazione costituzionale che ne offre, alle forme e modalità di tutela che la giurisprudenza costituzionale ne garantisce attraverso la sua attività interpretativa, e, infine, alla previsione o meno della sua immodificabilità all'interno di processi di revisione costituzionale e, quindi, nell'alveo del potere costituito.

La risposta dunque è necessariamente segnata da una *relatività di tipo spazio-temporale*, emersa dall'indagine svolta: il diritto qualificabile come fondamentale in un determinato ordinamento non lo è in un altro, e il diritto qualificato come fondamentale in un determinato ordinamento e in un particolare momento storico può non esserlo, anche all'interno di quello stesso ordinamento, in un momento storico diverso. Se uno dei motori principali della relatività temporale è certamente l'interpretazione evolutiva, la relatività spaziale non sembra essere messa in discussione né dalla proliferazione delle proclamazioni che a livello sovranazionale e internazionale tendono a globalizzare i diritti né dal processo di integrazione europea: che si ritenga o meno di sposare in linea teorica la ben nota idea dei controlimiti<sup>118</sup>, non vi è dubbio che sia rispetto agli organi dell'Unione Europa, sia rispetto alla Cedu (sulla quale ci si soffermerà in seguito), resta, in termini diversi, la capacità degli Stati di continuare a definire la propria concezione di fundamentalità.

---

<sup>117</sup> Sulla natura dell'equilibrio, o pareggio, di bilancio, quale obiettivo politico e non obbligo giuridico, cioè che invece si sarebbe inteso costituzionalizzare, vanno ricordate le considerazioni di V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, spec. p. 437 ss.

<sup>118</sup> Com'è noto, in molti ne negano l'esistenza sul piano teorico, cfr. A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2005, 210, e *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, spec. p. 289 ss., per lo meno nei termini conosciuti da chi ne ha originariamente definito i tratti, cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

Un esempio su tutti, anche perché nessun altro è così esplicito: la nota sent. n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana, nella quale l'accertamento che l'immunità giurisdizionale degli Stati, così come interpretata dalla Corte Internazionale di Giustizia, viola gli artt. 2 e 24 della Costituzione, immediatamente conduce all'attivazione dei controlimiti<sup>119</sup>. Certo, nella pronuncia la Corte non esclude radicalmente che qualora sussistesse “un interesse pubblico potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i «principi supremi» dell'ordinamento costituzionale” potrebbe allora prevalere l'immunità definita a livello internazionale, e dunque l'esito non sembra derivare da un rifiuto *ex ante* del bilanciamento bensì dal bilanciamento stesso tra il diritto alla tutela giurisdizionale e la sovranità riconosciuta ad uno Stato straniero. D'altra parte, l'elemento che sembra rendere quasi “definizionale” il bilanciamento è il fondamento che il diritto alla tutela giurisdizionale nel caso di specie rintraccia nella protezione della dignità umana. Ciò che, in ultima istanza, sembra guadagnarsi la vera coccarda della fundamentalità, per lo meno quando si traduce all'interno di diritti “tradizionali” (come quello alla tutela giurisdizionale, appunto), poiché il discorso forse cambia, e lo si è sottolineato con riferimento alla tutela dei diritti sociali, quando la dignità si traduce in diritti la cui attuazione richiede un impegno anche finanziario dei pubblici poteri.

### **3. L'applicazione degli indicatori a due sistemi *sui generis*.**

Interessante è a mio avviso l'applicazione degli indicatori a due ordinamenti per ragioni opposte *sui generis*: gli Stati Uniti e l'ordinamento convenzionale retto dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali<sup>120</sup>.

Come si evincerà dall'andamento dell'analisi con riferimento agli Stati Uniti d'America, l'assenza di un catalogo dei diritti fondamentali, e addirittura di una definizione unitaria, anche se generica, degli stessi, impone una riflessione inevitabilmente fondata sul riferimento, anche disordinato e incalzante, alla giurisprudenza della Corte Suprema e delle altre Corti, chiamate *case by case* a costruire, dalla concretezza e nella concretezza, la dimensione della fundamentalità.

Sebbene per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo le premesse appaiano antitetiche - da un lato diritti fondamentali evanescenti, dall'altra diritti fondamentali che in quanto tali danno origine ad un sistema e intorno ai quali sono costruite istituzioni e garanzie - non è escluso che gli esiti avvicinino in concreto le due esperienze, per lo meno accomunate da una gestione giurisprudenziale della materia dei diritti.

#### **3.1. La *fundamentalità* negli Stati Uniti d'America e nella giurisprudenza della Corte Suprema.**

Come si anticipava, nell'ordinamento statunitense manca un'esplicita definizione di diritti fondamentali sia in Costituzione che nella giurisprudenza della Corte Suprema (la Corte utilizza talvolta il termine “*fundamental right*” ma non in maniera organica, bensì come espediente linguistico. Per esempio: “*And because the distinctions drawn in § 231b(h) do not burden fundamental constitutional rights*”. *United States Railroad Retirement Board v. Fritz*, 449 U.S. 166

---

<sup>119</sup> Sulla sentenza, e su questo profilo in particolare tra i molti che la stessa presenta, cfr. P. Faraguna, *La sentenza n. 238 del 2014: i controlimiti in azione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2014, p. 899 ss.

<sup>120</sup> Va premesso e precisato che la qualificazione del sistema Cedu come ordinamento va letta nel contesto ormai tracciato dalla Corte cost. italiana (in particolare nella nota sent. n. 348/2007), alla luce della formulazione post-2003 dell'art. 117, c. 1, Cost., che distingue significativamente i vincoli derivanti dall' “ordinamento comunitario” da quelli riconducibili agli “obblighi internazionali”, distinguendo al contempo il fenomeno dell'adesione ai Trattati comunitari, attraverso il quale l'Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, da quello della partecipazione alla Cedu, che non creerebbe un ordinamento sopranazionale e non produrrebbe norme immediatamente applicabili negli Stati membri, qualificandosi come “trattato internazionale multilaterale”, da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti.

(1980)); la ricostruzione dei *fundamental rights* è quindi prevalentemente opera della dottrina. D'altra parte, com'è noto, il ruolo del formante dottrinale nell'ordinamento statunitense è elemento che caratterizza in generale il sistema, non solo con riferimento alla nozione di diritto fondamentale. Con riguardo ai primi indicatori, quelli relativi al riconoscimento espresso o implicito e alla "topologia" dei diritti, va detto che i diritti fondamentali sono sia diritti espliciti, contenuti in Costituzione, che diritti impliciti, ossia riconosciuti come diritti fondamentali dalla Corte suprema, attraverso la *Due Process Clause* e la *Equal Protection Clause*. In base alla prima, è stato riconosciuto per esempio il diritto a rifiutare le cure mediche (*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 1990), mentre in base alla seconda viene ad esempio riconosciuto quello di circolazione (*travel, Shapiro v. Thompson*, 1969); alcune volte la Corte ha riconosciuto un diritto implicito fondandosi su entrambe, come per il diritto all'accesso ai mezzi contraccettivi.

Quest'ultimo diritto, in particolare, è stato configurato in una storica pronuncia (*Griswold v. Connecticut*, 1965) attraverso la quale la Corte suprema ha elaborato la teoria della c.d. "penombra". Sebbene la Costituzione non affermi esplicitamente un diritto generale alla riservatezza (*privacy*), la Corte infatti ritiene, a partire da quel caso, che il diritto ad utilizzare mezzi contraccettivi emerge dalla penombra, dalla zona grigia che avvolge i diritti del *Bill of Rights*, ed in particolare il Primo, Terzo, Quarto e Quinto Emendamento della Costituzione americana. Inoltre, la Corte sostiene che la *Due Process Clause* fonda e protegge le libertà che sono "so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental". E' sotto il cappello della teoria della "penombra" – che si combina peraltro evidentemente con l'ampliamento dei poteri del governo federale oltre quelli enumerati nell'art. I della Costituzione, secondo la *necessary and proper clause*, per come poi ampiamente interpretata a partire dalla sentenza *McCulloch v. Maryland* – che la Corte potrà individuare diverse "zone di *privacy*" quale, nel caso di specie, quella riferita alla "privacy coniugale", che riguarda le relazioni tra l'uomo e la donna all'interno della coppia.

Talvolta i *justices* si sono trovati in disaccordo su quale parametro utilizzare, come nel caso del diritto al matrimonio ricondotto dalla *opinion* della Corte nel caso *Zablocky* alla *due process clause*, mentre dalla *concurring* del giudice Powell all'*Equal Protection approach*. Altro dato interessante è che il diritto di voto, desumibile dal XV emendamento, sia riconosciuto dalla Corte come fondamentale anche in base all'*equal protection clause* del XIV emendamento (*Harper v. Virginia*, 1966).

Sull'esistenza di diritti impliciti, peraltro, la stessa corrente dell'originalismo non ha potuto che prendere atto della "creazione", o meglio della scoperta, di diritti non menzionati, ritenendo però che gli stessi debbano essere radicati nella tradizione o, per così dire, nella costituzione materiale (cfr. *Michael h. v. Gerald*, 1989). D'altra parte, è lo stesso Nono Emendamento ad escludere un'interpretazione restrittiva del "catalogo" dei diritti di cui al *Bill of Rights*, stabilendo che "l'enumerazione in Costituzione di determinati diritti non deve essere considerata in modo tale da negare o limitare altri diritti appartenenti al popolo".

Emendamento che nasce dalla consapevolezza dei Federalisti che sarebbe stato impossibile enumerare tutti i diritti così come sarebbe stato pericoloso enumerarne soltanto alcuni perché in tal modo non sarebbe mancato chi avrebbe utilizzato il silenzio sui diritti non esplicitamente dichiarati per sostenere che il Governo non poteva essere limitato, nell'esercizio dei suoi poteri, da diritti impliciti. Oggi il Nono Emendamento rappresenta qualcosa di più: è stato infatti costruito come l'affermazione positiva dell'esistenza di diritti che non sono enumerati ma che, nondimeno, risultano protetti da altre previsioni di rango costituzionale.

E' vero che, come si vedrà, il Nono Emendamento non viene in realtà utilizzato di frequente, soprattutto all'inizio dell'attività della Corte suprema, a differenza del XIV che è poi quello cruciale nella qualificazione della fundamentalità o meno delle posizioni soggettive prese in

considerazione<sup>121</sup>; ciò per lo meno fino alla *Griswold v. Connecticut*, su cui si tornerà anche in seguito. E' il giudice Douglas che, in questo caso, redigendo l'*opinion of the Court*, afferma a chiare lettere che le garanzie espressamente e specificamente sancite all'interno del *Bill of Rights* hanno una sorta di penombra, costituita dall'emanazione delle garanzie medesime, e tale da assegnare loro *life and substance*. E in questo caso il *justice* fa riferimento proprio al Nono Emendamento, al fine di sottolineare come i diritti che si annidano nella penombra sono comunque protetti, che sia sulla base di questo solo emendamento o di un combinato disposto di più Emendamenti, comunque a prescindere da un riferimento specifico nel testo costituzionale. Proprio in *Griswold*, l'*opinion* di Goldberg si sofferma ampiamente sul Nono Emendamento, interpretandone il linguaggio e la storia nel senso dell'affermazione da parte dei Padri costituenti dell'esistenza di diritti fondamentali aggiuntivi, protetti nei confronti del Governo, ed in qualche modo sgorganti dai diritti fondamentali espressamente menzionati nei primi otto Emendamenti. Il Nono Emendamento non costituirebbe quindi una fonte indipendente di diritti protetti da eventuali violazioni poste in essere da parte del Governo federale o degli Stati, bensì sarebbe per così dire la rappresentazione plastica della volontà costituente di aprire il catalogo dei diritti contenuti nei primi otto Emendamenti considerandolo niente affatto esaustivo. In qualche modo, a leggere *Griswold*, sia l'*opinion of the Court* sia la *concurring*, il Nono Emendamento sembra in realtà non aggiungere pressoché nulla all'affermazione della derivabilità di diritti "altri" da quelli espressamente sanciti. Il problema che tale "neutralizzazione" del Nono Emendamento pone è abbastanza intuibile: che fare di fronte alla richiesta di tutela di un diritto fondamentale che non può in alcun modo, almeno rispettando un canone di ragionevolezza argomentativa, essere tratto da una delle previsioni del *Bill of Rights*?<sup>122</sup>

Nell'ordinamento statunitense, dunque, in mancanza di un dato letterale in Costituzione e di un'opera 'classificatoria' dei diritti fondamentali da parte della Corte suprema, il carattere di fundamentalità dei diritti viene così ricostruito attraverso il tipo di scrutinio con il quale la Corte procede al bilanciamento dei diritti con l'interesse/fine del Governo ("*rational basis test*"; "*intermediate scrutiny*"; "*strict scrutiny*").

Nelle questioni di costituzionalità delle leggi per violazioni di diritti costituzionali (*individual rights*) e per l'*equal protection* la Corte suprema ha applicato un diverso '*level of scrutiny*', finendo così per costruire nell'opera del bilanciamento dei diritti una '*constitutional scale*', per la quale la limitazione di alcuni *individual rights* per interessi del governo sarà più agevole, mentre per altri assai difficoltosa, se non impossibile. Questo fondamento può trovare una sua dimensione nella *Footnote 4*<sup>123</sup> in materia di diritti fondamentali<sup>124</sup> che, è noto, legittima una presunzione di costituzionalità delle leggi, salvo non si intacchino i diritti sanciti dalla Costituzione, introducendo dunque la possibilità di una scala di scrutini. Insomma, da un lato si pone la legislazione che attiene alle relazioni economiche o socio-economiche, per la quale il *judicial self-restraint* deve muovere da tale presunzione di costituzionalità, dall'altro la legislazione che incide sui processi politici, sul trattamento delle minoranze, o che incide direttamente su una delle libertà costituzionali espressamente individuate: in questi ultimi casi l'intervento del legislatore deve essere sottoposto ad un "*more searching judicial scrutiny*".

La *Footnote 4*, peraltro, può essere considerata un ulteriore esempio del duplice rapporto causa-effetto tra indicatori e fundamentalità: individuare alcuni diritti/principi che non consentono la

<sup>121</sup> Cfr. *United Public Workers v. Mitchell*, (1947), *Ashwander v. TVA*, (1936), e *Tennessee Electric Power Co. v. TVA*, (1939), oltre ad alcune *opinions* concorrenti e dissenzienti.

<sup>122</sup> Non manca infatti chi cerca di definire la clausola come strumento sostanziale di protezione dei diritti, si veda J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, e C. Black, *Decision According to Law*, New York, 1981.

<sup>123</sup> La nota è contenuta nella sentenza *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>124</sup> Cfr. B. Ackerman, *Beyond Caroline Products, Faculty Scholarship Series*, Paper 148, 1985.

presunzione di costituzionalità equivale ad escluderne altri da tale forza, e quindi individuare un discrimine alla fundamentalità, utilizzando la giustiziabilità come criterio. Ma una volta che il discrimine venga applicato, sarà proprio una diversa giustiziabilità il principale effetto che ne deriverà.

Diritto fondamentale (in senso pieno) sembra così essere quello che risulta protetto mediante *strict scrutiny*. Va però sottolineato che non esiste una coincidenza fra i diritti espressi in Costituzione e quelli protetti con questa particolare tecnica di bilanciamento giurisprudenziale: infatti, alcuni diritti espressi, come il (discutibile e oggi assai discusso anche all'interno del Congresso) diritto a portare le armi, non sono assistiti, perlomeno espressamente, dallo scrutinio stretto. Ma anche altri diritti che la dottrina qualifica come fondamentali, benché non espressi nel testo costituzionale, come il diritto a rifiutare le cure mediche<sup>125</sup> o il diritto all'autodeterminazione nei rapporti sessuali (inteso come diritto alla realizzazione del proprio orientamento omosessuale), non sono assistiti espressamente dallo *strict scrutiny*. La questione è quindi come dovrebbero essere considerati nell'oscurità delle sentenze della Corte in relazione allo scrutinio necessario per controllare la legittimità del loro bilanciamento.

Ancora più emblematico in questo senso è il diritto all'aborto, ritenuto diritto fondamentale da larga parte della dottrina, ma che tuttavia non trova tutela mediante lo *strict scrutiny*, ma attraverso un test speciale esterno alla suddetta scala dei tre scrutini (c.d. *undue burden test*).

Osservando più da vicino il livello di scrutinio, è evidente come lo *strict scrutiny* serva proprio a fornire una tutela rafforzata ai diritti da esso garantiti, ciò che emerge dalla sua strutturazione anche a confronto con quelle degli altri *tests*.

Il primo livello di scrutinio è il "*rational basis test*", secondo il quale una legge per essere costituzionale deve essere "*rationally related to (...) [a] legitimate purpose*" (*Pennell v. City of San Jose; Retirement v Fritz, Allied Stores v Bowers, Williamson v Lee optical; Day Brite Lighting v Missouri*) del governo; in questi casi è sufficiente dunque un fine legittimo del governo per autorizzare una compressione dei diritti individuali. Inoltre, l'onere della prova dell'incostituzionalità della legge, in ordine alla mancanza del ragionevole fine dello Stato o dell'irragionevole modo per raggiungerlo spetta a colui il quale vuole riconoscere l'incostituzionalità della legge. I casi in cui la Corte suprema ha rilevato l'assenza di questo fine legittimo (*Romer v. Evans*, 1996; *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 1985; *Zobel v Williams*, 1982; *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 1972) sono molto rari e sicuramente i diritti tutelati mediante questo tipo di scrutinio sono spesso compressi nell'opera di bilanciamento in ragione del prevalente interesse del Governo.

---

<sup>125</sup> Molto significativo in materia di diritto all'autodeterminazione terapeutica e oltre ... , con riguardo alla capacità determinativa del giudice costituzionale rispetto alla fundamentalità dei diritti, è il recente caso *Carter v. Canada*, risolto nel 2015 dalla Corte Suprema canadese con sentenza adottata all'unanimità. Con la sentenza *Carter* la Corte Suprema dichiara l'incostituzionalità del divieto di suicidio assistito *overruling* il precedente di *Rodriguez v. British Columbia* del 1993, quando era stata dichiarata la non incostituzionalità dello stesso divieto, ma soprattutto confermando l'*anticipatory overruling* della Corte di primo grado che aveva anticipato la svolta. E per lasciare al Parlamento la possibilità, imponendogliene però forse l'esigenza, di intervenire con legge a ridefinire la materia del suicidio assistito, la Corte sospende la dichiarazione di invalidità per un tempo di dodici mesi, creando un *legal vacuum* che intima al legislatore di provvedere. In questo caso è evidente come l'attività del giudice costituzionale sia effettivamente creativa, e come l'evoluzione sociale e le istanze provenienti dall'opinione pubblica ne abbiano indirizzato una vera e propria elaborazione di fundamentalità, rispetto alla quale il legislatore diviene soltanto l'ultimo interprete e traduttore. Sulla sentenza, cfr. E. Stefanelli, *La Corte Suprema del Canada, il suicidio assistito, l'uso dei precedenti. Brevi note a margine del caso Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5*, in *Federalismi.it*.

Non è un lapsus la citazione di un caso canadese nella parte relativa agli Stati Uniti d'America, poiché nei sistemi di *common law* in particolare, sebbene non soltanto, un ruolo significativo è rappresentato dal precedente e dai dialoghi che si instaurano tra le Corti anche attraverso le diverse tecniche di *overruling*, tanto che la dottrina, proprio con riferimento al caso *Carter*, ha sottolineato il potenziale effetto di trascinamento della pronuncia "generativa" oltre i suoi confini nazionali.

Uno scrutinio più attento rispetto al primo è invece quello denominato “*intermediate scrutiny*”: in questo caso il diritto può essere compresso qualora si abbia un *important government purpose* (*Craig v. Boren*, 1976; *Lehr v. Robertson*, 1983; *United States v. Virginia*, 1996). Questo tipo di scrutinio è stato utilizzato, a titolo di esempio, per i casi inerenti alla libertà di pensiero nell’ambito del c.d. *commercial speech* o dello *speech in public forums*, o in relazione al principio di uguaglianza nei casi di *gender discrimination*.

Si tratta di uno scrutinio che permette di limitare diritti in base a un bilanciamento con un interesse dello Stato, che tuttavia deve essere *important*. L’onere della prova sembra spostarsi sul soggetto – il Governo – che voglia mantenere in vigore la legge che comprime un diritto (come ben espresso nel caso *Edenfield v. Fane*, 1993) riguardante il *commercial speech*. La soluzione proposta dal governo deve quindi essere *narrowly tailored* in relazione all’obiettivo che lo stesso vuole raggiungere, non vi è invece necessità che vi siano soluzioni alternative meno invasive, come dimostrato dalla giurisprudenza proprio in tema di *commercial speech* che, invero, non può ad oggi essere ritenuto un diritto fondamentale pur trattandosi di esercizio di (libera) manifestazione del pensiero, attualmente protetto attraverso il Primo Emendamento<sup>126</sup>.

Il tipo di scrutinio più stretto è invece lo *strict scrutiny*: in questa tipologia, come prima già accennato, può essere letta la vera dimensione della fundamentalità, connotando questa procedura il fulcro dei diritti costituzionali statunitensi, ossia quelli che la dottrina (e solo la dottrina, come si è detto) definisce *fundamental rights*.

Lo *strict scrutiny* prevede la possibilità di compressione di un diritto fondamentale solo se vi è un *compelling government purpose* (*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 1995; *Sugarman v. Dougall*, 1973; *Sherbert v. Verner*, 1973, con la quale si definisce il test di base per l’applicazione della *free Exercise Clause* di cui al Primo Emendamento); le leggi invasive dei diritti protetti attraverso lo

---

<sup>126</sup> E’ riconducibile all’*intermediate scrutiny* il test della *Central Hudson*, in base al quale lo stato può regolare il discorso commerciale non soltanto in caso di *commercial speech* falso o ingannevole, di pubblicità avente ad oggetto un prodotto o una transazione contraria alla legge, oppure di restrizioni particolarmente circostanziate, vale a dire derivanti da regolazioni c.d. *time, place and manner*, bensì in tutti i casi in cui sussista un interesse governativo sostanziale, qualora la regolazione sia direttamente rivolta alla salvaguardia di quell’interesse e non sia più estesa di quanto necessario a garantire la tutela). La Corte finisce talvolta anche, in una giurisprudenza ondivaga, per ritenere che la regolamentazione del *commercial speech* non debba essere la meno “intrusiva” (v. *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*; *Greater New Orleans Broad v. United States*), determinando quindi più ampie possibilità di compressione, anche non completamente giustificate dallo stesso *intermediate scrutiny*. Bisogna peraltro ricordare che fino alla sentenza *Bigelow v. Virginia*, poi seguita dalla *Virginia State of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer*, il *commercial speech* non era neppure protetto nell’alveo del Primo Emendamento. Proprio dalle ultime sentenze citate inizia a svilupparsi la differenza fra *narrow commercial speech* e *enriched commercial speech* e, dove il primo consisterebbe in una comunicazione che, in primo luogo, propone o offre esplicitamente (o implicitamente, e tale precisazione di per sé non assisterebbe molto l’interprete) una vendita o uno scambio relativo ad uno specifico bene o servizio, operata dal proponente (o da un soggetto che agisce per suo conto) come parte dei suoi affari, con la finalità propria di trarne profitto; in secondo luogo tale comunicazione, sotto il profilo contenutistico, si limiterebbe a descrivere i termini della proposta commerciale suddetta, o semplicemente a identificare il prodotto: insomma si tratterebbe dello *speech* che non fa altro che proporre una transazione commerciale; mentre il secondo invece, conterrebbe espressioni aggiuntive, derivanti ad esempio dalla descrizione dei benefici e delle soddisfazioni, personali o sociali, derivanti dal possedere o utilizzare il prodotto offerto, o i piaceri propri dello stile di vita al quale il prodotto in vendita è collegato, e che quindi viene proposto. Oppure potrebbe trattarsi di un discorso che promuove i prodotti o i servizi messi a disposizione dal venditore sottolineando i loro benefici effetti sulla salute e sulla sicurezza, o più in generale il loro positivo impatto sociale. In sintesi, un *enriched commercial speech* conterrebbe espressioni che, se estrapolate dal contesto della transazione commerciale, meriterebbero di essere tutelate attraverso la protezione offerta dal Primo Emendamento (su questi aspetti si consenta di rinviare a E. Stradella, *L’intersezione tra discorso commerciale e discorso politico: alcune questioni rilevanti*, in *Diritti fondamentali*, vol. V, n. 1/2016).

In conclusione è evidente che il *commercial speech* non è quindi un diritto fondamentale, benché si tratti sicuramente di una manifestazione del pensiero, e con ciò si dimostra come l’interpretazione della giurisprudenza della Corte Suprema finisca per determinare concretamente cosa sia e cosa non sia diritto fondamentale, anche al di là del dato letterale della Costituzione, che tutela genericamente la libertà di espressione.



scrutinio stretto dovranno quindi essere *narrowly tailored* (*Wygant v. Jackson*, 1986), oltre che rappresentare l'alternativa meno "intrusiva" per i diritti (*Simon & Schuster v. New York*, 1991).

Inoltre, in questi casi l'onere della prova spetta al governo che voglia dimostrare la costituzionalità della legge che incida sui *fundamental rights* dei cittadini americani. I diritti fondamentali sono, tendenzialmente, difficilmente comprimibili in base allo *strict scrutiny*, che ben si riconosce per essere "*strict in theory and fatal in fact*"<sup>127</sup>.

Il sistema tuttavia non è così lineare, poiché gli scrutini sono usati talvolta in maniera non chiara.

Si pensi ad esempio alle problematiche legate all'utilizzo del termine *narrowly tailored* sia per l'intermedio che per lo stretto, o al fatto che l'uso del *rational basis test* non è sempre accurato (v. la già menzionata *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.*, 1984), ma anche, come si è accennato sopra, alla presenza di un meccanismo di bilanciamento non previsto dal sistema, ossia il c.d. *undue burden test* in relazione al diritto all'aborto (cfr. *Casey v. Planned Parenthood*, 1992)<sup>128</sup>.

Ad ogni modo, se dal riconoscimento della necessità di un livello di scrutinio più attento è individuabile la vera dimensione di diritti fondamentali, il dato che occorre in ogni caso rilevare è come la Corte finisca per creare in base alle sensibilità delle varie epoche storiche nuovi diritti fondamentali, o a modificare il contenuto di alcuni, garantendogli maggiore o minore tutela attraverso lo *scrutiny*.

Un esempio di questo processo viene dal riconoscimento del diritto al matrimonio<sup>129</sup>. Se è vero che la sua configurazione come diritto risale al caso *Loving v. Virginia* del 1967, comprendente anche il divorzio come elemento propedeutico alla possibilità di contrarre nuovo matrimonio (*Boddie v. Connecticut*, 1971), la qualificazione del matrimonio omosessuale come diritto era stato escluso dalla sentenza *Baker v. Nelson*, 1971, nella quale, attraverso un *mandatory appellate*, la Corte Suprema del Minnesota aveva rimesso la questione alla Corte Suprema, che ne aveva rinviato la tutela alla sede della discrezionalità politica attraverso un *summary dismissal*.

In seguito, nel 2010 alcuni giudici federali hanno anticipato i successivi ripensamenti della Corte Suprema rilevando come il diritto al matrimonio spetti anche agli omosessuali (*Godrich v. Department of Pub Health*, 2003; *Gill v. Office of Personal Management*, 2012; *Perry v. Schwarzenegger*, 2012).

In un percorso progressivo verso il riconoscimento del diritto, nel 2013<sup>130</sup>, la Corte Suprema riconosce come incostituzionale l'impossibilità per il vedovo di una coppia omosessuale di avere diritto alla successione dei beni senza aggravati fiscali.

E arriva infine *Obergefell*<sup>131</sup>, con la quale, attraverso l'utilizzo della *Due process clause* e della *Equal Protection Clause*, si compie l'*overruling* della *Baker*, e si riconosce la pienezza del diritto al matrimonio, sia che sia contratto tra soggetti di sesso diverso sia tra soggetti dello stesso sesso.

Come è stato sottolineato dai commentatori della pronuncia più recente<sup>132</sup>, da essa si evince molto chiaramente l'approccio "incrementale" rispetto al riconoscimento dei "nuovi" diritti che caratterizza i modelli di *common law*. Il diritto, in qualche modo, si compie in una formazione

---

<sup>127</sup> Cfr. A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, 2006, p. 793, che cita la nota affermazione di Gerald Gunther.

<sup>128</sup> Cfr. J. M. Shaman, *The Right of Privacy in State Constitutional Law*, in *Rutgers Law Journal*, vol. 37, 2006, p. 971 ss.

<sup>129</sup> Sul tema cfr. ormai A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, 2013.

<sup>130</sup> E' la nota e commentata *United States v. Windsor*, 570 U.S. 2013.

<sup>131</sup> *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), su cui si veda in particolare F. Vignone, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 589, e C. Bologna, *Corte Suprema e same-sex marriage: opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 768.

<sup>132</sup> Cfr. G. Romeo, *Esercizi di common law constitutional interpretation: Obergefell v. Hodges e il diritto fondamentale al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Diritti Comparati*, agosto 2015.

progressiva. Intervengono prima *Windsor v. United States* e *Hollingsworth v. Perry*, che per un verso conservano la libertà degli Stati in relazione alla disciplina delle licenze matrimoniali, ma non mancano di far trapelare il *favor* costituzionale verso il matrimonio omosessuale: gli Stati restavano liberi di decidere se riconoscere o meno il *right to same-sex marriage*, ma il governo federale non poteva più subordinare il riconoscimento dei diritti connessi al rapporto di convivenza o di coniugio all'eterosessualità della coppia. La qualificazione nel 2015 del matrimonio omosessuale come oggetto di un diritto fondamentale sembra così determinare l'applicazione dello scrutinio stretto in presenza di eventuali violazioni, secondo una sorta di rapporto biunivoco tra fundamentalità del diritto e tecnica di tutela del medesimo, che ben richiama il duplice rapporto causa-effetto tra indicatori e fundamentalità, già in precedenza illustrato.

I diritti fondamentali non sarebbero dunque nulla di statico né individuabile *a priori*, ma vivrebbero nell'ordinamento americano di una dimensione ontologicamente dinamica. Ciò che, come si segnalava, sembra essere connaturato ai diritti in quanto necessariamente soggetti (o meglio, soggette le norme che li disciplinano) ad un'interpretazione evolutiva, ma che diviene nel sistema nord-americano la regola informante il sistema medesimo.

Se poi si cerca di applicare agli Stati Uniti l'ultimo indicatore individuato, quello relativo alla revisione costituzionale, pur in assenza di limiti sostanziali diversi dai due espressamente previsti all'articolo V, vale a dire quello relativo alla parità di suffragio di tutti gli Stati all'interno del Senato, e quello – transitorio – che impediva ad eventuali emendamenti costituzionali approvati prima del 1808 di incidere sulla prima e sulla quarta clausola della Sezione nona dell'articolo I<sup>133</sup>, si nota come più che in qualsiasi altro ordinamento esista un elemento di superfondamentalità (o più semplicemente di autentica fundamentalità) in grado di imporsi a qualsiasi scelta che si collochi nell'alveo del potere costituito.

La natura militante del rifiuto della militanza democratica ha il suo manifesto nel noto caso *Barnette*<sup>134</sup> in cui la Corte Suprema, operando un *overruling*, arriva a reputare illegittima qualsiasi attività positivamente indirizzata alla creazione, o ad un rafforzamento coercitivo, del legame di appartenenza tra il singolo e l'elemento pubblico sovraordinato, Stato o Nazione che sia, in quanto potenzialmente in grado di invadere la libertà espressiva (in questo caso in particolare non-espressiva) dei destinatari di quell'attività<sup>135</sup>. Che poi la libertà di espressione rappresenti il prototipo di diritto fondamentale nel sistema, è affermazione essa stessa discutibile se letta in una prospettiva diacronica, alla luce degli accenti assunti in alcune fasi dall'ordinamento nord-americano, sia negli interventi del legislatore sia nell'interpretazione datane dalla Corte Suprema<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Sulla non ampliabilità dei limiti sostanziali ad altre fattispecie, proprio alla luce della previsione costituzionale di due limiti espressi, cfr. M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford, 2009, spec. p. 239 ss.

<sup>134</sup> Cfr. *Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), seguito e confermato da *Taylor v. Mississippi* 319 U.S. 583 (1943), che overruled *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940), in cui la majority opinion, resa dal giudice Frankfurter, preponeva al diritto in questione l'esigenza suddetta all' "educazione ai valori pubblici".

<sup>135</sup> Si trattava di salvaguardare la libertà dei ragazzini Testimoni di Geova della scuola pubblica costretti a null'altro che ad una forma di espressione non spontanea (il saluto alla bandiera), per la *convinzione impaurita che una autentica garanzia della libertà di essere e presentarsi come intellettualmente o spiritualmente diversi, o addirittura opposti, possa disintegrare l'organizzazione sociale* (cfr. *Barnette*).

<sup>136</sup> Si pensi alla stagione c.d. macchartista, quando al fine di promuovere forme più incisive di repressione nei confronti dell'ideologia comunista il Congresso adotta diversi provvedimenti fortemente repressivi, quale, nel 1950, l'*Internal Security Act*, che ruota intorno alle due fondamentali definizioni di *Communist-action organization* e di *Communist-front organization*, espandendo d'altronde la propria portata oltre il limite alla libertà di associazione e sul versante dell'espressione individuale, come emerge anche da alcune tra le pronunce della Corte Suprema sulle norme in questione, tra cui *Communist Party v. Subversive Activities Control Board* (367 U.S. 1 (1961)), e *United States v. Robel* (389 U.S. 258 (1967)). Particolarmente interessante ai fini della ricerca il caso relativo alla registrazione del Partito comunista come *Communist-action organization*, ai sensi del citato *Internal Security Act*. La sentenza della Corte

D'altra parte, se si nega la possibilità stessa di una definizione diacronicamente valida in assoluto di fundamentalità (v. 2.5), una valutazione complessiva del sistema potrebbe comportare che una prevalenza di fundamentalità nel corso delle diverse epoche o fasi attraversate consenta di definire un dato diritto come tendenzialmente fondamentale. Anche perché diversamente, mi pare, si rischierebbe forse di escludere dall'attributo della fundamentalità qualsiasi diritto, in qualsiasi ordinamento si prenda in considerazione.

### **3.2. La *fundamentalità* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.**

Per quanto riguarda l'ordinamento Cedu, esso com'è noto si è specularmente distinto fin dalle sue origini da altri trattati internazionali per il ruolo di tutela dei diritti fondamentali; tutela assicurata sia dalla possibilità di ricorso statale (occasione più teorica, che reale nella prassi) sia da quello individuale, in grado di portare davanti alla Corte di Strasburgo lo Stato che abbia violato i diritti fondamentali (non solo dei cittadini, o dei cittadini degli Stati aderenti alla Cedu, ma di qualsiasi essere umano) e l'individuo vittima dell'abuso<sup>137</sup>, nel rispetto del principio di sussidiarietà.

L'oggetto della tutela, com'è noto, e quindi la dimensione (da sottoporre a verifica) della fundamentalità, non riguarda i diritti sociali che, con l'eccezione del diritto all'istruzione, entrano nello spazio di protezione della Corte europea solo in quanto per così dire implicati dalle libertà che la Carta salvaguarda<sup>138</sup>.

In base al principio di autonomia, i diritti tutelati dovrebbero essere intesi come quelli della Cedu e non come quelli 'corrispondenti' statali: il che sembrerebbe dover presupporre una costruzione tipica e originale dei diritti fondamentali della Cedu, che in realtà risulta fortemente ridimensionata, salvo nel nucleo essenziale, dalla c.d. dottrina del margine di apprezzamento.

Dal preambolo della dichiarazione, infatti, si evince la portata universalistica della Convenzione, che mira al riconoscimento e all'applicazione universale dei diritti enunciati, mettendo però in luce anche la dimensione comune dei diritti inclusi (dimensione comune a cui si riferisce anche la Corte, v. *Aylor Davis c. France*, 1994). Rilevante è per l'appunto il dato che la Corte Edu. in un'interpretazione evolutiva – basata sul *consensus* degli Stati sottoscrittori, ma non solo – dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione, abbia esteso la copertura degli articoli e dei diritti "enunciati" a ipotesi sicuramente originariamente non contemplate dai sottoscrittori.

La struttura della Convenzione è dunque articolata per assicurare i diritti fondamentali, tanto che l'unica possibilità formale di deroga è quella prevista dall'art. 15 (Deroga in caso di stato

---

Suprema, infatti, articolata sulla *majority opinion* del giudice Frankfurter, la *concurring* di Douglas, ed il solitario *dissent* di Black, presenta triangolarmente un significativo affresco delle possibili costruzioni dell'elemento del pericolo nella valutazione della legittimità dei limiti al diritto alla libera manifestazione del pensiero. L'opinione di maggioranza di fatto rinuncia, applicando la dottrina della c.d. *bad tendency*, a cercare di ricostruire un legame tra le idee espresse dai membri della formazione politica, gli obiettivi da questa perseguiti, e l'insorgere di conseguenze materiali all'interno della società, e propone, secondo un modello di bilanciamento assoluto il tautologico imporsi delle esigenze pubbliche di regolazione/restrizione del discorso sulla libertà di espressione (oltre che di associazione). Il bilanciamento assoluto, d'altra parte, è una delle forme che hanno contraddistinto in modo non poco significativo l'atteggiarsi della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di libertà di manifestazione del pensiero, nel quadro della generale tendenza alla conservazione del sistema legale ed alla limitazione del dissenso; l'esempio forse più palese è rintracciabile nella sent. n. 19/1962, Corte cost., in cui l'ordine pubblico, "nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale", "ordine istituzionale del sistema vigente", "finalità immanente del sistema costituzionale", viene posto in bilanciamento con il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero. Sulle diverse modalità di bilanciamento, cfr. *ex multis*, A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002 e, sempre, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>137</sup> Cfr. *Irlanda c. Uk*, 18 gennaio 1978.

<sup>138</sup> Cfr. A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2013. Tra le ragioni della formale assenza dei diritti sociali dalla Convenzione, si ricordi che tale "vuoto" avrebbe dovuto essere compensato dall'adozione, per la verità non particolarmente fortunata, della Carta sociale europea, cfr. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

d'urgenza), che tuttavia non può riguardare l'art. 2 (diritto alla vita, salvo la morte legata al necessario uso della forza), l'art. 3 (tortura), l'art. 4, c. 1 (divieto di riduzione in schiavitù) e l'art. 7 (il principio di *nulla poena sine lege*). Questa tutela rinforzata garantisce senz'altro uno zoccolo duro di diritti e libertà non comprimibili neanche nel caso di emergenza: che quindi traducono una dimensione di fundamentalità espressa<sup>139</sup>.

Tuttavia, un dato che certamente è in grado di esplicitare – fuori dalla dimensione emergenziale – un carattere di fundamentalità dei diritti tutelati dalla Convenzione: riguarda quel nucleo minimo che non può essere compresso in base al c.d. *margin di apprezzamento*.

Come scrive la Corte, “*Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention*”<sup>140</sup>.

Il principio del margine di apprezzamento permette infatti di bilanciare i principi/valori interni agli Stati con quelli convenzionali, all'interno di un sistema ancora innegabilmente dualistico, quale quello intercorrente fra Convenzione e Stati aderenti.

Il principio è originariamente sviluppato dalla Corte Edu con riferimento all'art. 15 nel caso *Lawless* del 1961, relativo alla detenzione senza processo di un presunto aderente all'IRA, ma anche nell'ambito della deroga emergenziale la compressione dei diritti convenzionali derogabili deve essere sottoposta al vaglio di proporzionalità e ragionevolezza (è il caso *Greek Colonels* del 1969). Il margine trova applicazione completa nella sentenza *Regno Unito c. Irlanda* del 1976, nella quale si esprime completamente la teoria della *better position* dello Stato nelle situazioni di emergenza, non rinunciandosi al vaglio della Corte sulla proporzionalità delle misure comprimenti i diritti fondamentali Cedu<sup>141</sup>.

Il margine viene poi utilizzato anche fuori dall'ambito del regime emergenziale, ossia nella possibilità di *interferenza* con i diritti Cedu: ed è proprio in relazione ai diritti per così dire in circostanze non emergenziali che detto principio contribuisce all'individuazione di quale possa essere la dimensione dei diritti fondamentali della Cedu.

Il *test* è stato utilizzato in materia di sicurezza personale (art. 5), rispetto della vita privata e familiare (art. 8), libertà di pensiero (art. 9), libertà di espressione (art. 10), libertà di associazione (art. 11), principio di non discriminazione (art. 14), e diritto di proprietà (art. 1 del Primo Protocollo), in cui si ritengono legittime misure *interferenti* (che limitino o comportino restrizioni negli stati aderenti dei diritti Cedu) in ragione del margine di apprezzamento, sempre col limite della “necessità per una società democratica”, come ben esplicitato dalla nota sentenza *Dungeon*.

L'ampiezza del margine di apprezzamento varia in base ai diritti, al contesto e al livello di omogeneità negli ordinamenti degli stati aderenti: “*in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States*” (*Rasmussen c. Denmark*, 1984).

Fra le prime applicazioni del principio si può ricordare il caso *Handyside* del 1976 (relativo alla lesione della libertà di espressione, mediante sequestro di materiale considerato osceno) in cui la Corte, appurando la mancanza di uno *standard* uniforme di moralità (*consensus*) a livello europeo, ritiene il sequestro legittimo, essendo inquadrabile nel margine di apprezzamento; o il caso *Sunday Times* del 1979, relativo alla proibizione della diffusione di notizie giornalistiche al fine di non influenzare l'autorità giudiziaria, quando al contrario la Corte, ritenendo che vi fosse un *consensus* chiaro in senso opposto (il margine era più ristretto), dichiara la misura non conforme alla Convenzione, facendo emergere la dimensione di fundamentalità del diritto alla libertà di espressione. Questa possibilità di modulare/limitare i diritti Cedu è dunque maggiore ove manchi un

---

<sup>139</sup> In tal senso si veda la sentenza *Aksoy* che accerta la violazione dell'art. 3 (divieto di tortura), come non giustificabile nemmeno in una situazione emergenziale.

<sup>140</sup> Cfr. *Affaire linguistique belge*, 23 luglio 1968.

<sup>141</sup> Per una pronuncia in senso positivo *Brannigan and McBride* (1993), mentre in senso negativo *Aksoy* (1996).

*consensus* o standard uniformi fra i Paesi aderenti, come nel caso *Muller* (1984) in materia di libertà artistica, in cui si è ritenuto che il sequestro di determinate opere artistiche nel Cantone di Friburgo in quanto ritenute lesive della morale potesse essere legittimo, anche se in altre parti di Europa non lo sarebbe stato.

Il margine può restringersi o essere quasi inesistente per determinati diritti ormai associati; qualora invece non vi sia omogeneità sul riconoscimento del suo valore o sulla metodologia da adottare per la sua protezione, l'unico limite riguarda l'impossibilità di intaccare il nucleo essenziale (v. *Jaremowicz c. Polonia*, 2010<sup>142</sup>).

A titolo esemplificativo, si possono ricordare alcuni casi in cui è ben rilevabile il metodo della definizione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali (in senso paragonabile a quanto, nell'analisi degli indicatori, si segnalava circa l'individuazione dei "limiti dei limiti" ovvero il canone dell'essenzialità): in tema di tutela della vita privata si può ricordare il citato, capostipite, caso *Dungeon* (1981), in cui la Corte ritiene un aspetto minimo e indispensabile del diritto di cui all'art. 8 la non criminalizzazione dell'omosessualità, dato anche il *consensus* ormai sviluppato in materia dagli Stati aderenti; ma anche il caso *X c. Y* (1985), in relazione al dato opposto della mancanza di incriminazione della violenza sessuale (si trattava dell'impossibilità di perseguire un inserviente che aveva abusato di una bambina con disturbi psichici, poiché serviva la querela della parte lesa); in tema invece di libertà di associazione si può ricordare il caso *Communist Party of Turkey* (1998), nel quale è offerta tutela come nucleo essenziale all'esistenza del pluralismo partitico.

Il margine di apprezzamento assume quindi una funzione di delimitazione di alcuni aspetti secondari dei diritti fondamentali (in tema ad esempio di moralità e libertà di pensiero), che evidenzia come la Cedu protegga in realtà effettivamente solo un nucleo primordiale e comune agli Stati membri dei diritti (da qui la fundamentalità), mentre in relazione a diritti "nuovi" (come quello al matrimonio (anche omosessuale)) finisce per delineare il *discrimen* fra diritto fondamentale e non diritto (fondamentale). Proprio in relazione ai diritti frutto dell'interpretazione evolutiva assume importantissima rilevanza il *consensus* fra gli Stati, in grado, se forte, di condurre all'iscrizione, in sede di interpretazione evolutiva convenzionale, di tali diritti nell'ambito di quelli classici: con la creazione di *nuovi* diritti fondamentali. Questo avviene riempiendo di contenuti le scarse definizioni e disposti degli articoli della Convenzione.

È il consenso che porta la Corte ad interpretazioni estensive o restrittive: da cui risulta evidente il carattere estremamente dinamico dei diritti fondamentali, in una sorta di avvicinamento al sistema nord-americano, pur partendo da geografie costituzionali molto diverse<sup>143</sup>.

#### **4. In conclusione.**

All'inizio della ricerca si era partiti dalla distinzione tra diritti umani e fondamentali e si era ipotizzato che attraverso quest'ultima categoria si potesse tentare di superare le dinamiche escludenti che l'astrattezza dei primi rischia di generare. Il radicamento dei diritti fondamentali nell'interpretazione costituzionale realizzata in particolare dalle Corti sembra così consentire, in potenza, l'affermazione di un modello sociale di giustizia: l'attenzione all'effettività della tutela, la valutazione della rispondenza degli interessi protetti dalla proclamazione del diritto alle istanze emergenti dalla società, la modulazione del controllo operato sulle statuizioni del legislatore a

---

<sup>142</sup> Il caso riguardava il matrimonio omosessuale, e la Corte afferma che, pur spettando al legislatore nazionale disciplinare la materia sia sotto il profilo sostanziale che procedurale, le limitazioni introdotte dagli Stati non possono giungere ad intaccare il nucleo essenziale del diritto di sposarsi come avviene, ad esempio, quando una persona o una categoria di persone viene privata del diritto di contrarre matrimonio con una persona liberamente scelta.

<sup>143</sup> La Corte, d'altra parte, deve interpretare la Convenzione come strumento vivo, suscettibile di cambiamenti in base alle evoluzioni culturali (*Soering c. Uk*, 1989 "Certainly, 'the Convention is a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions'").

seconda degli ambiti soggettivi e oggettivi di applicazione delle norme, sarebbero strumenti idonei a *concretizzare* l'affermazione dei diritti, rendendoli meno, per così dire, paradigmatici, e più rispondenti, discorsivamente, alla natura dei contesti di riferimento.

Gli effetti di una costruzione della fundamentalità particolarmente orientata attraverso le tecniche interpretative, che consentono un'individuazione a geometria variabile dei suoi contenuti propri, sono ben evidenti nelle due esperienze prese in considerazione nell'ultima parte della ricerca, dove l'enunciazione legislativa, o comunque positiva, del diritto rappresenta un punto di non regresso.

Certo, l'idea che le trasformazioni sociali di per sé guidino l'evoluzione nella concezione e nella tutela dei diritti fondamentali, propria del relativismo diacronico che in questa sede si è utilizzato per studiare la "fundamentalità", si presta di per sé a numerose critiche.

In primo luogo, se è vero che i diritti (costituzionali) fondamentali nascono quale limite alla discrezionalità del legislatore, nonché al potenziale arbitrio dell'opinione pubblica maggioritaria, lasciarli esposti alle variabili correnti delle trasformazioni sociali, e da queste farli guidare, ne indebolirebbe la portata neutralizzandone la fundamentalità. In secondo luogo, quali sarebbero gli indicatori dell'avvenuto cambiamento? Posta la difficoltà di riscontrarlo senza tema di smentita, nella pratica esso si cristallizzerà nella giurisprudenza costituzionale che stabilirà, appunto, che si è verificato, così che il giudice costituzionale diverrà in ultima istanza autentico interprete dei processi sociali, oltre che del dettato costituzionale<sup>144</sup>.

Concretezza e relatività della fundamentalità si scontrano così, alla prova dei fatti, con le inestricabili relazioni, anche conflittuali, che nell'operato delle Corti intercorrono tra pulsione antimaggioritaria e fedeltà al legislatore, dai cui esiti sembrano dipendere in larga misura i contorni, mutevoli, della fundamentalità.

---

<sup>144</sup> Cfr. A. Sanders, *Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution*, in *German Law Journal*, vol. 13, n. 8/2012, p. 911 ss. Un discrimine non irrilevante peraltro dovrebbe essere tracciato, da questo punto di vista, tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, pur nel progressivo avvicinamento che ne caratterizza l'evoluzione. Ben noto è infatti il ruolo che nella prima famiglia è rappresentato dal precedente e dai dialoghi che si instaurano tra le Corti anche attraverso le diverse tecniche di *overruling*.