

GIORGIO PINO

Diritti fondamentali

1. *Un binomio inscindibile*

Si sarebbe tentati di iniziare una trattazione dedicata ai diritti fondamentali nel costituzionalismo dall'ovvia constatazione che i diritti fondamentali occupano, nella tradizione di pensiero denominata «costituzionalismo», un posto assolutamente centrale. Eppure, una simile affermazione sarebbe tanto ovvia, quanto potenzialmente fuorviante. Infatti «costituzionalismo» è una parola che ha avuto, e sta tuttora riscuotendo, notevole successo nel discorso politico e giuridico, ma al prezzo di una notevole imprecisione e varietà nei suoi usi – non tutti dei quali, peraltro, assegnano lo stesso ruolo ai diritti fondamentali. Proviamo dunque a delineare con maggior precisione il senso di «costituzionalismo» che fa da sfondo al discorso che sarà svolto in questo capitolo.

Esiste un nucleo comune ai vari usi di questa parola, così come appaiono nel discorso etico-politico e giuridico attuale? Difficile a dirsi, vista la varietà di contesti e di aggettivazioni con cui questa parola è impiegata, ma probabilmente resta tuttora valido il suggerimento (risalente a McIlwain 1947, 21; trad. it. 44), secondo cui il nucleo costante del costituzionalismo sta nell'idea che è bene sottoporre il potere politico a limiti e vincoli di tipo giuridico. Questo spiega anche la notevole fortuna della parola, direttamente proporzionale alla sua forza persuasiva e alla sua capacità di essere impiegata e invocata in contesti storici assai diversi: chi mai sarebbe contrario all'idea che sia giusto limitare giuridicamente *in qualche modo* il potere politico?

Ovviamente i vari «costituzionalismi» si dividono poi sulle modalità più adeguate per individuare i desiderati limiti giuridici al potere politico. Si possono così immaginare due principali variazioni sul tema fondamentale del costituzionalismo (che però, è bene ripetere, non esauriscono l'intero spettro dei possibili contesti in cui si fa ricorso a questa parola). Per un verso, la limitazione del potere politico può essere perseguita sul piano organizzativo, per così dire, cioè attraverso meccanismi istituzionali che sono finalizzati ad impedire che il potere politico degeneri in qualche forma di tirannia: l'esempio più chiaro al riguardo è la dottrina della separazione dei poteri e dei *checks and balances*. Per altro verso, la limitazione del potere politico può essere perseguita individuando una serie di diritti, che il potere politico non può violare, e la cui custodia è demandata ad organi di tipo giurisdizionale, o comunque non politici: nel cuore dello Stato viene così tracciata una «sfera dell'indecidibile», o una «riserva protetta» (per usare le fortunate espressioni coniate rispettivamente da Ferrajoli 2021, 121-128, e Garzón Valdés 1989), giuridicamente intangibile da parte del potere politico, e che consiste per l'appunto in una lista di diritti dei cittadini. Possiamo parlare così di un costituzionalismo «politico» (*political constitutionalism*) nel primo caso, e di un costituzionalismo «giuridico», o «neocostituzionalismo» (*legal constitutionalism, new constitutionalism*), nel secondo caso.

Ebbene: sia nel dibattito giuridico contemporaneo, sia nella pratica della maggior parte (invero, della stragrande maggioranza) delle democrazie costituzionali contemporanee, il costituzionalismo è discusso e praticato in qualche forma riconducibile al costituzionalismo

giuridico. Nelle democrazie costituzionali contemporanee, e nella cultura giuridica che in esse si sviluppa, è ormai pressoché scontato che l'ordinamento giuridico debba incorporare una lista di diritti fondamentali, dotati di un qualche tipo di garanzia specificamente giuridica (anziché, ad esempio, essere rimessi alla libera determinazione degli organi politici). E questo sarà dunque lo sfondo del discorso che sarà svolto in questo capitolo, dedicato ad una analisi dei diritti fondamentali come concetto centrale del costituzionalismo contemporaneo. Lo sfondo del nostro discorso, in altre parole, sarà rappresentato da un ordinamento giuridico, e da una cultura giuridica, in cui vi è un elenco di diritti fondamentali, contenuto in una costituzione o in una fonte del diritto considerata come dotata di un valore costituzionale, diritti che dunque non sono pienamente rimessi alle determinazioni degli organi politici (inclusi gli organi legislativi), e che sono dotati di qualche forma di garanzia giurisdizionale.

Prima di procedere oltre, e per chiudere questo breve inquadramento introduttivo al nostro discorso, è bene chiarire che *entrambe* le forme di costituzionalismo sopra tratteggiate sono, a ben vedere, legate all'idea dei diritti fondamentali. Infatti, il complesso di dispositivi organizzativo-istituzionali immaginati o enfatizzati dai fautori del costituzionalismo politico non è certamente fine a sé stesso, ma piuttosto è finalizzato a tutelare i diritti dei cittadini, e soprattutto a salvaguardarne le sfere di libertà (come era già evidente nello stesso Montesquieu): la separazione dei poteri, il sistema dei *checks and balances*, le procedure democratiche di selezione degli organi di governo, in questo modello servono in ultima analisi a garantire la libertà dei cittadini. In questo senso, per lo meno dall'età moderna in poi, il costituzionalismo – sia esso «politico» o «giuridico» – è *comunque* un «costituzionalismo dei diritti» (Pino 2017, cap. I). Il tratto caratteristico del costituzionalismo giuridico contemporaneo, però, sta nella sottolineatura del carattere propriamente *giuridico* dei diritti fondamentali: sia perché tali diritti sono proclamati da un documento che è considerato come propriamente giuridico (tipicamente, una costituzione), sia perché essi sono assistiti da forme di garanzia propriamente giuridiche (tipicamente, giudiziarie). (Efficaci ricostruzioni del percorso storico che, dall'età moderna a quella contemporanea, ha portato al consolidamento di questa idea dapprima negli Stati Uniti, poi nell'Europa continentale, e poi ancora su scala globale, possono essere lette in Fioravanti 2021; Costa 2008.)

In sintesi, il costituzionalismo contemporaneo ha messo in moto un processo di *positivizzazione* dei diritti fondamentali, ha cioè reso i diritti fondamentali parte del diritto positivo: processo che, come vedremo subito, non si esaurisce nella proclamazione dei diritti in un testo costituzionale, ma ha proiezioni assai più articolate.

2. Che cos'è un diritto fondamentale: questioni di definizione e di individuazione

La prima questione da chiarire, in una trattazione sui diritti fondamentali, è di tipo definitorio: che cosa è un diritto fondamentale? Come si può stabilire se un certo diritto è un diritto fondamentale? Nonostante le apparenze, non si tratta di una questione puramente teorica (definitoria, concettuale, astratta...), ma è una questione dotata anche di rilevanti implicazioni pratiche. Infatti, una legge che incide su un diritto fondamentale è suscettibile di essere annullata o comunque di essere considerata «viziata» (invalida, inapplicabile...). In alcuni ordinamenti, incluso quello italiano, i diritti fondamentali o almeno alcuni di essi sono considerati sottratti perfino alla revisione costituzionale (Roznai 2017), e sono in grado di opporre una particolare resistenza all'ingresso nell'ordinamento interno di norme internazionali o sovranazionali che possano essere con essi in contrasto (Cartabia 1995; Faraguna 2015). Infine, la lesione di un diritto qualificato come fondamentale può normalmente innescare conseguenze risarcitorie diverse rispetto alla lesione di un diritto «ordinario». E tuttavia non è chiarissimo come individuare i diritti fondamentali; inoltre è alquanto raro che un ordinamento contenga un elenco di diritti espressamente qualificati come «fondamentali» e – per le ragioni

che indicheremo tra breve – anche ove un simile elenco vi fosse, questo probabilmente non basterebbe a risolvere del tutto la questione dell'identificazione dei diritti fondamentali.

Sono state proposte varie strategie di definizione per individuare la categoria dei diritti fondamentali: da quelle «sostanzialistiche», che fanno coincidere la categoria dei diritti fondamentali con i diritti che tutelano interessi particolarmente importanti delle persone (diritti «umani», diritti «naturali»); a quelle che individuano i diritti fondamentali nei diritti che hanno certe caratteristiche strutturali, ad esempio l'essere attribuiti «a tutti» (Ferrajoli 2021, cap. III); a quelle che individuano i diritti fondamentali solo sulla base di caratteristiche estrinseche e formali, come il fatto di essere proclamati nella costituzione, o addirittura l'essere espressamente qualificati come «fondamentali» da qualche testo normativo.

Queste proposte definitorie finiscono per risultare tutte, per un verso o per l'altro, insoddisfacenti. Giusto per dare un'idea dei problemi cui vanno incontro (per una valutazione più dettagliata, v. Pino 2017, 108-118), si può brevemente osservare che:

- le definizioni «sostanzialistiche» sono inadeguate perché non vi è accordo su quali siano gli interessi più importanti, o perfino «naturali», delle persone, il che renderebbe la categoria dei diritti fondamentali interamente dipendente da controverse opzioni valoriali; e inoltre, esse sembrano far collassare interamente e senza residui una categoria giuridica (quella dei diritti fondamentali) in una categoria morale (quella dei diritti umani o naturali);

- le definizioni «strutturali» producono esiti controintuitivi, nella misura in cui molti diritti che normalmente *non consideriamo* come fondamentali sono attribuiti «a tutti» (si pensi al diritto di attraversare la strada sulle strisce), mentre molti diritti che normalmente *consideriamo* come fondamentali non sono attribuiti «a tutti», ma solo a categorie più o meno ristrette di persone o cittadini (i diritti fondamentali dei bambini, dei detenuti, dei malati, degli imputati, dei genitori, delle lavoratrici madri, ecc.);

- le definizioni «formali», infine, non spiegano il fatto (su cui torneremo tra breve) che nel costituzionalismo contemporaneo l'ambito dei diritti fondamentali va di solito ben al di là di quanto si trova espressamente formulato nel testo costituzionale.

Una possibilità alternativa, e più promettente, di definire i diritti fondamentali è allora la seguente. Un diritto fondamentale è un diritto (soggettivo) attribuito da una norma avente a sua volta carattere fondamentale. Per «norma avente carattere fondamentale» intenderemo una norma situata ai livelli superiori dell'ordinamento, e pertanto in grado di fungere da parametro di validità per le norme inferiori (gerarchia materiale), e/o da guida per la loro interpretazione e applicazione (in virtù della sua riconosciuta importanza valoriale: gerarchia assiologica). Tipicamente, le norme che rispondono a questo identikit sono le norme costituzionali, e tipicamente esse hanno le caratteristiche dei «principi»: sono norme altamente generiche, vaghe, che esprimono un determinato contenuto valoriale e pertanto considerate particolarmente importanti. Non è dunque insensato identificare, tipicamente, i diritti fondamentali con i diritti fondati su principi costituzionali.

Tipicamente, ma non esclusivamente.

Innanzitutto, infatti, se per «principi costituzionali» intendiamo principi che abbiano una diretta, esplicita formulazione nel testo costituzionale, allora è facile accorgersi che nel costituzionalismo contemporaneo vi è una notevole sfasatura tra il catalogo «reale» dei diritti fondamentali e quanto si può trovare esplicitamente formulato nel testo costituzionale; molti diritti fondamentali non sono esplicitamente formulati nel testo della costituzione, ma vengono individuati dagli interpreti grazie a procedimenti argomentativi di vario tipo. Ad esempio, se un certo diritto D_1 , non formulato in costituzione, appare come strettamente necessario all'esercizio del diritto fondamentale D_2 , formulato in costituzione, oppure ne è considerato come una modalità particolarmente pregnante di esplicazione, allora gli interpreti considereranno anche D_1 come un diritto fondamentale (per una analisi più dettagliata delle modalità argomentative di individuazione dei diritti fondamentali impliciti, rinvio a Pino 2010, 102-108). In alcuni ordinamenti costituzionali, come quello italiano, l'individuazione di nuovi

diritti fondamentali per via interpretativa appare autorizzata o perfino richiesta dalla Costituzione stessa, almeno secondo una possibile lettura dell'art. 2 cost. (Modugno 1995; Pino 2003, 163-173; Guastini 2007). Si noti, poi, che la medesima logica che presiede all'individuazione di diritti fondamentali impliciti per via interpretativa, può anche portare ad «elevare» al rango di diritti fondamentali diritti che sono sì positivizzati, ma solo al livello legislativo: in questo caso l'apporto degli interpreti all'individuazione del diritto fondamentale non consiste nella «creazione» del diritto (che è già avvenuta in sede legislativa), ma nell'attribuire a quel diritto il rango di diritto fondamentale anche se si trova formalmente al di fuori del testo costituzionale.

Inoltre, un tratto costante del costituzionalismo contemporaneo consiste nell'apertura dell'ordinamento giuridico alla dimensione internazionale e sovranazionale (per l'Italia, v. artt. 10, 11 e 117 cost.). Che è, in definitiva, un'ulteriore modalità di realizzazione dell'idea fondamentale del costituzionalismo, e cioè la limitazione del potere politico. Per quanto interessa il nostro discorso, ciò significa che il catalogo dei diritti fondamentali è destinato ad essere composto non solo dai diritti espressamente o implicitamente attribuiti dalla costituzione, ma anche dai diritti provenienti da fonti esterne (diritto internazionale, carte sovranazionali dei diritti...), nella misura in cui tali fonti vadano a collocarsi nei livelli superiori di una gerarchia materiale o (più spesso) assiologica rilevante per l'ordinamento interno.

Infine, anche se meno frequentemente, è possibile che un diritto fondamentale sia codificato in forma (non di principio ma) di regola, cioè da una norma tendenzialmente netta e precisa (v. ad es. il fascio di diritti fondamentali in materia processuale proclamati dall'art. 111 cost.).

Conclusivamente, dunque, nel costituzionalismo contemporaneo l'ambito dei diritti fondamentali è variamente stratificato e relativamente indeterminato. Stratificato, perché il catalogo dei diritti fondamentali include diritti espressamente riconducibili alla costituzione, diritti solo indirettamente riconducibili alla costituzione (ma promulgati a livello legislativo oppure di creazione interpretativa), e diritti che provengono dalla dimensione sovranazionale (e anche tra questi ultimi vi saranno diritti testualmente espressi da un certo documento, e diritti di creazione interpretativa). Indeterminato, perché difficilmente si potrà supporre che un simile catalogo di diritti fondamentali sia nitido e stabile, e inoltre difficilmente si potrà immaginare che sia armonico e ordinato (v. più avanti, par. 5). Il catalogo dei diritti fondamentali sarà soggetto a continui aggiornamenti, e i rapporti reciproci tra i vari diritti fondamentali potranno richiedere frequenti assestamenti.

3. La struttura dei diritti fondamentali

Un diritto soggettivo, in generale, è attribuito ad un soggetto per tutelare un interesse di quest'ultimo – qualcosa che, almeno in via astratta, è bene che egli abbia; questo interesse, più precisamente, può essere un interesse esclusivo del titolare del diritto, come anche un interesse che il titolare del diritto condivide con altri soggetti, come anche un interesse che il titolare del diritto condivide con l'intera società (questa è la giustificazione dei diritti secondo la c.d. teoria dell'interesse: per una presentazione di tale teoria, e delle possibili alternative, v. Kramer 2008; Celano 2013, cap. I). I diritti fondamentali, in quanto diritti soggettivi (e cioè la sotto-classe dei diritti soggettivi che sono attribuiti da norme aventi carattere fondamentale) sono dunque attribuiti agli individui per tutelare un loro interesse, nel senso appena precisato. L'interesse sottostante al diritto fondamentale è il «valore» o lo scopo che il diritto in questione persegue. Ebbene, un diritto fondamentale consiste nell'insieme delle posizioni soggettive elementari (pretese, libertà, poteri, immunità) che sono necessarie – o che comunque possono contribuire – a realizzare l'interesse o valore sottostante.

Detto altrimenti: dato un certo diritto, per individuarne il contenuto dobbiamo risalire al valore che esso intende proteggere, e a partire da esso vedremo quali posizioni soggettive elementari, e le loro combinazioni (le potremmo anche chiamare «modalità di esercizio del diritto»), sono richieste per realizzare quel valore. Fare ricorso al valore sottostante è necessario, perché (come abbiamo visto, par. 2) nella maggior parte dei casi i diritti fondamentali sono positivizzati in termini estremamente ampi, generici, indeterminati, e dunque la formulazione testuale (quando vi è) è poco informativa rispetto a ciò che in concreto può costituire il contenuto del diritto; peraltro, anche quando un diritto è testualmente formulato in modo relativamente preciso, assai spesso il dato testuale non è considerato, di per sé, conclusivo (si pensi al riferimento al «domicilio» contenuto nell'art. 14 cost., che è stato interpretato – alla luce del valore sottostante – in termini assai più ampi rispetto alla nozione letterale o tecnico-giuridica di domicilio).

Questo è, almeno in linea astratta, il contenuto del diritto in questione. Ma a questo punto occorre tenere presenti due importanti precisazioni, affinché l'apparente linearità di questo discorso non faccia perdere di vista la potenziale complessità della struttura dei diritti.

Una prima precisazione è che non tutte le posizioni soggettive elementari, o modalità di esercizio del diritto, astrattamente derivabili dall'interesse o valore sottostante hanno, in relazione a quell'interesse, lo stesso peso, la stessa importanza. A ben vedere, infatti, alcune posizioni soggettive saranno molto strettamente associate al valore sottostante – al punto che, se si impedisse al titolare del diritto di esercitare il diritto *in quel modo*, il diritto stesso sarebbe del tutto svuotato, diventerebbe un mero *flatus vocis*. Altre posizioni soggettive, invece, saranno funzionali all'interesse sottostante in maniera più indiretta: di modo che, ove vi fossero ragioni per impedire al titolare del diritto di esercitarlo in una di queste modalità più indirette, il diritto fondamentale ne risulterebbe sì compresso, e forse più difficile da esercitare, ma sarebbe ancora esistente ed eventualmente esercitabile in modalità alternative. Il diritto, pur indebolito, avrebbe ancora un valore, assicurerebbe ancora l'interesse, per il suo titolare. Infine, un ulteriore insieme di posizioni soggettive riconducibile al diritto in questione servirà non tanto ad esercitare il diritto, ma a facilitarne e proteggerne l'esercizio. Si tratta delle misure di garanzia, di solito di natura giurisdizionale, ma possibilmente anche di tipo amministrativo e fiscale, volte ad assicurare l'effettività dell'esercizio del diritto (per la nozione, parzialmente coincidente a quella impiegata nel testo, di «garanzie secondarie» dei diritti, v. Ferrajoli 2021, 112-120).

Così, in sintesi, un diritto fondamentale risulta avere una struttura complessa, in cui convergono diversi strati: vi sarà un nucleo duro (o «contenuto essenziale», nel linguaggio di alcune giurisprudenze costituzionali), tendenzialmente intangibile; una zona periferica, soggetta a limitazioni ove necessario; e un perimetro protettivo, che consiste nelle misure di garanzia a tutela di quel diritto. (Sulle nozioni di «tendenzialmente intangibile» e «limitabile se necessario» sarà necessario tornare più avanti: par. 4.)

Facciamo un esempio. Supponiamo che il valore sottostante al diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero sia la democrazia. L'assunto di partenza è dunque che sia nell'interesse delle persone vivere in una democrazia (le persone stanno meglio in una democrazia che sotto un regime politico diverso), e che assicurare alle persone la libertà di esprimere liberamente il proprio pensiero sia un modo per realizzare la democrazia; se non fosse riconosciuto a tutti questo diritto, dunque, la democrazia ne soffrirebbe e ciò lederebbe un importante interesse delle persone. Se si accetta questa linea di giustificazione del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero (che, si badi bene, non è l'unica possibile), ne deriva che il contenuto del diritto si andrà a stratificare in un certo modo. Così, nel nucleo del diritto vi saranno i discorsi strettamente funzionali alla democrazia (e cioè funzionali a far sì che i cittadini siano informati al momento di andare a votare): ad esempio, i dibattiti e la circolazione delle opinioni in materia politica, o comunque su materie di interesse pubblico. Nelle zone più periferiche del diritto, invece, vi saranno discorsi che non portano alcun particolare beneficio alla democrazia, come potrebbero essere ad esempio la pubblicità

commerciale e la pornografia. Nel perimetro protettivo, infine, vi saranno le posizioni soggettive volte a tutelare l'effettività del diritto in questione: la possibilità di opporsi in giudizio a forme di limitazione della propria libertà di espressione, il diritto di ricevere sovvenzioni pubbliche per far sì che certi discorsi abbiano una qualche circolazione nella società (finanziamento pubblico alla stampa periodica), e così via.

Una seconda precisazione è che i diritti fondamentali non hanno un contenuto rigidamente predeterminato, fisso, chiaramente e stabilmente distribuito su vari strati nettamente separati. Tutt'altro. Innanzitutto, l'insieme di posizioni soggettive derivabili da un certo interesse non è esattamente determinabile in anticipo: spesso, lo possiamo individuare solo in base a certe circostanze – circostanze che includono non solo la realtà fattuale, ma anche l'eventuale esigenza di tutelare contemporaneamente anche altri diritti fondamentali. Tendenzialmente, il nucleo duro del diritto è la parte più resistente, e dunque anche più stabile del diritto: ma è del tutto possibile che lo stesso nucleo duro del diritto vari in base alle circostanze. Inoltre, non sempre un diritto fondamentale porta «scritto in faccia» il valore sottostante: l'individuazione del valore sottostante è spesso una questione di interpretazione, che può assumere le forme dell'interpretazione teleologica o addirittura del ragionamento morale (Dworkin 1996; Celano 2013, cap. II; Pino 2010, cap. V), nel corso della quale è possibile che il valore di riferimento non possa essere individuato se non in congiunzione con altri valori costituzionali. Infine, non si può escludere la possibilità che dietro un diritto fondamentale vi siano *contemporaneamente* più valori giustificativi (ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero potrebbe fondarsi non solo sul valore della democrazia, ma contemporaneamente anche sul valore dell'autonomia personale, della ricerca della verità, ecc.): cosa che potrà rendere ancora più complicata e mutevole l'individuazione delle posizioni soggettive che ricadono all'interno del diritto fondamentale.

4. *L'inviolabilità dei diritti fondamentali*

Una caratteristica frequentemente associata ai diritti fondamentali consiste nella loro inviolabilità, tanto da arrivare a volte a considerare le espressioni «diritti fondamentali» e «diritti inviolabili» come sinonime. Il concetto di inviolabilità, a sua volta, è piuttosto controverso (Grossi 1972; Baldassarre 1989). Un buon viatico può consistere nel distinguere due dimensioni del concetto di inviolabilità: una dimensione «difensiva» e una dimensione «espansiva» (la differenza tra queste due dimensioni dei diritti fondamentali non è sempre nettissima, ma in linea di massima è chiara e utile).

La dimensione *difensiva* dell'inviolabilità di un diritto fondamentale si riferisce al «grado minimo» di quel diritto che deve comunque essere assicurato, anche nel caso in cui quel diritto entri in conflitto (e dunque debba essere bilanciato) con altri diritti fondamentali o principi costituzionali: e cioè si riferisce all'intangibilità o incomprimibilità del nucleo del diritto. Se la limitazione imposta ad un diritto si spinge fino al suo nucleo, allora si rende il diritto irricognoscibile, vuoto, il suo esercizio o godimento diventano impossibili. Inoltre, la dimensione difensiva dell'inviolabilità richiede anche che le altre componenti del diritto (cioè le «parti» del diritto che non rientrano nel nucleo) possano essere sacrificate solo a certe condizioni, di solito compendiate in un giudizio di «proporzionalità»: la limitazione del diritto è ammessa solo se è funzionale alla promozione di un interesse di pari importanza (un altro diritto fondamentale, o comunque un principio costituzionale), e solo se non incide in maniera eccessiva o non necessaria sulle modalità di esercizio del diritto. (Come si sarà capito, tutto dipende, qui, da una valutazione di importanza comparativa e in concreto dei diritti o interessi in gioco).

La dimensione *espansiva* dell'inviolabilità dei diritti fondamentali riguarda invece tutto ciò che attiene alla sfera della effettività del godimento e della protezione dei diritti. In particolare, essa richiede per un verso che siano messe in atto misure idonee ad assicurare il

godimento o l'esercizio dei diritti, prevenendo eventuali ostacoli e impedimenti al loro esercizio: costruzione di strade e altre infrastrutture (per l'esercizio della libertà di circolazione), istituzione di scuole (per il godimento del diritto all'istruzione) e di ospedali (per il godimento del diritto alla salute), di corsi di formazione mirati e di forme di monitoraggio alle forze dell'ordine (per il diritto a non subire torture), e così via. E per altro verso richiede che siano predisposti adeguati strumenti di tutela (garanzie secondarie), per risarcire e reprimere le eventuali violazioni del diritto, effettuate da poteri pubblici o da soggetti privati.

Quanto appena detto rende evidente che la dimensione espansiva dell'inviolabilità riguarda tutti i diritti fondamentali, e non (come potrebbe apparire ad uno sguardo superficiale) i soli diritti sociali o diritti a prestazioni: anche i diritti di libertà (le cosiddette libertà negative) hanno bisogno di un ricco corredo di prestazioni statali positive e di interventi agevolativi per essere effettivamente godute – oltre che, ovviamente, garantite.

5. Problemi aperti

Questo capitolo si è aperto segnalando tanto il legame inscindibile tra costituzionalismo e diritti fondamentali, quanto la progressiva diffusione, su scala pressoché planetaria, del modello del «costituzionalismo dei diritti». Nonostante tutto ciò sia solitamente considerato come una forma di progresso morale dell'umanità (Bobbio 1990, spec. 45-65), è noto che esso porta con sé alcune difficoltà, in vario modo collegate tra loro, che mi limiterò a esporre in forma dubitativa, a chiusura di questa trattazione.

Proliferazione dei diritti. Nel costituzionalismo dei diritti, il panorama giuridico è affollato di diritti fondamentali: diritti espressamente previsti in costituzione, diritti provenienti dalla dimensione sovranazionale, diritti individuati in via interpretativa. Si tratta, il più delle volte, di diritti che trovano fondamento in valori eterogenei (uguaglianza, libertà, dignità...) e talvolta tendenzialmente incompatibili. È plausibile che tutti questi diritti finiscano per convivere armoniosamente? O non è forse più probabile che ogni diritto tenda a limitare qualche altro diritto? Ma se è così, allora «avere» un diritto potrebbe non significare molto, essendo ogni diritto esposto ad operazioni di concretizzazione e bilanciamento in sede legislativa o giudiziaria. In altre parole, nel costituzionalismo dei diritti i cittadini hanno molti diritti, ma che di per sé valgono, o possono finire per valere, poco.

Giustiziabilità e diritti di carta. Un diritto, specialmente se è un diritto fondamentale, dovrebbe approntare al suo titolare una sfera di protezione contro qualche tipo di lesione ad un suo interesse. Per ogni diritto, la necessaria protezione deve essere assicurata *in ultima analisi* in sede giudiziaria: un diritto solennemente proclamato a livello costituzionale, ma del tutto privo di tutela giurisdizionale, è semplicemente un diritto «di carta». Questo, si badi, è vero per qualunque diritto. Alcuni diritti, però, sembrano presentare anche una difficoltà aggiuntiva: sembrano dipendere dall'intervento pubblico non solo nella fase della «tutela» (giudiziaria), ma anche a monte, nella fase del «godimento» o dell'«esercizio»; questo è particolarmente vero, all'apparenza, per i diritti sociali, il cui godimento richiede l'esistenza di apparati pubblici che vengono istituiti grazie ad un dettagliato intervento legislativo e regolamentare. E per di più, l'eventuale assenza del necessario quadro normativo è difficilmente sanzionabile e surrogabile in sede giudiziaria. In questi casi, sembrerebbe, la proclamazione costituzionale di un diritto fondamentale, a cui non faccia seguito una idonea disciplina legislativa o amministrativa, è poco più che una beffa.

Espansione del potere giudiziario. L'individuazione dei diritti fondamentali e del loro contenuto è aperta a margini anche ampi di disaccordo interpretativo. Interpreti diversi,

individuando valori diversi sottostanti al medesimo diritto fondamentale, potranno determinare in maniera diversa sia il contenuto del diritto (l'insieme delle posizioni soggettive che lo compongono), sia la stessa distinzione tra nucleo duro e periferia. Inoltre, come abbiamo visto, è del tutto possibile un intervento variamente «creativo» da parte degli interpreti, sia nel momento della concretizzazione dei diritti fondamentali (attraverso operazioni di bilanciamento), sia nel momento dell'individuazione di diritti fondamentali non scritti. Tutto ciò porta ad una riconfigurazione del potere giudiziario che, al tradizionale ruolo di applicatore della legge, aggiunge adesso un ruolo sempre più esplicito e «attivo» di tessitore della trama dei diritti fondamentali.

Democrazia. Nel costituzionalismo dei diritti, lo spazio della democrazia sembra destinato a restringersi. La legge (la fonte del diritto dotata di più evidenti credenziali democratiche) non gode più di una libertà di azione illimitata: la costituzione per un verso proibisce alla legge di fare certe cose (violare i diritti fondamentali) e per altro verso obbliga la legge a fare altre cose (attuare i diritti fondamentali). E quando la legge non rispetta questi vincoli, è soggetta ad essere annullata o rimodulata da parte di un soggetto (ad es. una Corte costituzionale) che non gode di pari legittimazione democratica. È, un simile meccanismo, contrario alla democrazia, oppure è necessario affinché la democrazia rimanga fedele a sé stessa?

Quelli qui sopra accennati sono problemi aperti, che hanno suscitato e tuttora suscitano un dibattito molto acceso tra sostenitori e critici del costituzionalismo dei diritti. Non è detto che si tratti di difficoltà insormontabili. Ma al di là delle possibili strategie di risposta, convincenti o meno che siano, alle difficoltà teoriche e pratiche a cui va incontro il costituzionalismo dei diritti (Pino 2017), rimane il fatto che prendere sul serio il costituzionalismo dei diritti richiede di prendere coscienza anche dei suoi punti ciechi.

Bibliografia

- BALDASSARRE, A. [1989], *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI.
- BOBBIO, N. [1990], *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- CARTABIA, M. [1995], *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè.
- CELANO, B. [2013], *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- COSTA, P. [2008], *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. 2, pp. 365-417.
- DWORKIN, R. [1996], *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- FARAGUNA, P. [2015], *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli.
- FERRAJOLI, L. [2021], *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza.
- FIORAVANTI, M. [2021], *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, Giappichelli.
- GARZÓN VALDÉS, E. [1989], *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, pp. 143-164.
- GROSSI, P. [1972], *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, pp. 712-731.
- GUASTINI, R. [2007], *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in «Ragion pratica», 29, pp. 325-338.
- KRAMER, M. [2008], *Rights in Legal and Political Philosophy*, in K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, pp. 414-427.
- MCILWAIN, C.H. [1947], *Constitutionalism. Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press; trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990.
- MODUGNO, F. [1995], *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- PINO, G. [1993], *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino.
- [2010], *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- [2017], *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- ROZNAI, Y. [2017], *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press.