

n. 10/2018 - issn 2283-6527

Estratto

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da ALJUS VIGNUDELLI

LO STATO

Mucchi Editore





RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

ANNO VI - NUMERO 10 (GENNAIO 2018 - LUGLIO 2018)



Mucchi Editore

COMITATO DI REDAZIONE

LUCA VESPIGNANI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

FEDERICO PEDRINI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

TOMMASO BARBIERI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

VALERIA BORTOLOTTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

MATTEO CALDIRONI

(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ELENA CAPPELLINI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

ILARIA DRAGHETTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

GIULIA MINA

(Università di Modena e Reggio Emilia)

LUCA PELLACANI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICA VERSARI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SILVIO ROBERTO VINCEFI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

COMITATO SCIENTIFICO

ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)

GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)

ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)

MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)

SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)

CESARE MASSIMO BIANCA (Sapienza Università di Roma - Italia)

SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)

JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)

PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)

AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)

ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Pres. em. AIC - Italia)

BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)

MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)

HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VDStRL - Germania)

GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)

TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)

LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)
RICCARDO GUASTINI (Università di Genova - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)
CARLOS-MIGUEL HERRERA (Université de Cergy-Pontoise - Francia)
HASO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
THOMAS KENDALL (Columbia Law School New York - USA)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Pres. AIC - Italia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)
ENRICO PATTARO (Alma Mater-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice Cedu - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
PIERANGELO SCHIERA (Università di Trento - Italia)
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. Corte Cost. - Italia)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

Con il patrocinio di



Accademia di Scienze Lettere e Arti
di Modena

ABI Associazione
Bancaria
Italiana

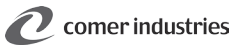


Accademia degli Incamminati
Modigliana

Con il contributo di



BPER:
Banca



MF
holding

GENERAL FITTINGS



SR
STUDIO RIGAMONTI

Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - presidente@seminarimutiniensi.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese

via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore www.instagram.com/mucchi_editore

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa):

Formato cartaceo Italia € 60,00; formato cartaceo Estero € 85,00; numero singolo € 35,00 (più spese di spedizione)

Formato digitale (con login) € 47,00; formato digitale (con ip) € 56,00; numero singolo digitale € 28,00

Cartaceo e digitale Italia (con login) € 71,00; cartaceo e digitale (con ip) € 80,00

Cartaceo e digitale estero (con login) € 96,00; cartaceo e digitale (con ip) € 105,00

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *on line* all'indirizzo www.mucchieditore.it. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

Tipografia STEM Mucchi (MO), stampa Sigem (MO). Finito di stampare nel mese di luglio 2018.

INDICE

ALJS VIGNUDELLI, <i>Editoriale</i>	9
--	---

Saggi

ROBERT ALEXY, <i>Dignità umana e proporzionalità</i>	13
PAOLO CARETTI, <i>A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria</i>	31
▶ GIORGIO PINO, <i>In difesa del costituzionalismo dei diritti</i>	59
ANNAMARIA POGGI, <i>La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti</i>	79
MARCO RUOTOLO, <i>La "terza missione" dell'Università</i>	109
ROLANDO TARCHI, <i>Dal centralismo napoleonico al regionalismo/federalismo in "salsa italiana". La questione irrisolta della forma territoriale dello Stato. Parte prima: dall'unità di Italia alla Costituzione del 1948</i>	127
ANDREAS VOßKUHLE, THOMAS WISCHMEYER, <i>Il giurista nel contesto</i>	163

Materiali

HANS Kelsen, <i>Préface à Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche</i>	197
RICCARDO GUASTINI, <i>Ross sullo Stato</i>	205
ALF ROSS, <i>Sui concetti di "Stato" e di "organi dello Stato" nel diritto costituzionale</i>	211
SILVIA ZORZETTO, <i>Libertà e analisi del linguaggio. Dall'epistolario di Uberto Scarpelli</i>	229
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio su Stato, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Pierangelo Schiera (Roncosambaccio, 4 giugno 2018)</i>	257

Interventi, Note e Discussioni

MARIO ENRICO ROSSI BARATTINI, <i>"Rosatellum bis": prima applicazione dell'ennesima legge elettorale della Seconda Repubblica</i>	315
MARIO BERTOLISSI, <i>Stato, riforme e miraggi</i>	329
FRANCESCO BILANCIA, <i>Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo</i>	341
ENZO CHELI, <i>Il difficile percorso del riformismo costituzionale italiano</i>	357
GIUSEPPE DE VERGOTTINI, <i>Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo</i>	367
GIUSEPPE FRANCO FERRARI, <i>Le Bureau parlementaire du budget dans l'expérience italienne</i>	389
TOMMASO F. GIUPPONI, <i>La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura</i>	405
FABIO MERUSI, <i>Il giudice amministrativo fra macro e micro economia</i>	421
VALERIA PIERGIGLI, <i>La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il mito di Sisifo</i>	439
MAURO VOLPI, <i>Sistema elettorale e forma di governo parlamentare: come fuoriuscire dall'ideologia maggioritaria</i>	467

Maestri del Novecento

ANTONIO BALDASSARRE, <i>Costantino Mortati e la teoria della costituzione materiale</i>	485
SERGIO BARTOLE, ROBERTO BIN, <i>Vezio Crisafulli</i>	503

Nel cortile del banano

Recensioni

PIERLUIGI CHIASSONI, <i>Lo scetticismo immaginario dei postpositivisti</i>	519
MARIO JORI, <i>Francesco Cavalla: L'origine e il diritto</i>	529
ANTONIO RUGGERI, <i>In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)</i>	549
GIULIANO VOSA, <i>Il multiforme statuto dei moti insurrezionali, o del lento sgretolarsi delle categorie giuridiche del diritto degli Stati</i>	571
Schede bibliografiche.....	583

In difesa del costituzionalismo dei diritti

di Giorgio Pino*



Sommario: § 1. - Il problema dell'effettività dei diritti fondamentali (diritti "di carta"?). § 2. - Proliferazione e interdipendenza dei diritti. § 3. - Diritti, democrazia, giurisdizione. § 3.1. - Diritti vs. democrazia? § 3.2. - Diritti e discrezionalità giudiziale. § 3.3. - Da "chi ha l'ultima parola" alla "cultura della giustificazione".

Per 'costituzionalismo dei diritti' intendo il paradigma giuridico-politico dominante, su scala addirittura globale, negli ultimi quattro o cinque decenni¹. Si tratta, in particolare, del modello di organizzazione giuspolitica e di cultura giuridica che include come propri tratti caratteristici:

- una costituzione cui è riconosciuta natura pienamente giuridica (anziché politica, o soprattutto politica), collocata in una posizione suprema nella gerarchia delle fonti del diritto, e assistita da qualche forma di controllo giudiziario di costituzionalità e da un certo livello di difficoltà dei procedimenti emendativi;
- un catalogo - aperto e indeterminato - di diritti fondamentali, proclamato soprattutto a livello costituzionale ma variamente integrato anche dall'apporto di fonti sovranazionali;
- un certo protagonismo delle istituzioni giudiziarie in materia di tutela dei diritti fondamentali, derivante dalla duplice circostanza che a) i cataloghi dei diritti sono percepiti come pienamente giuridici, e dunque giustiziabili e comunque utilizzabili nel ragionamento giu-

* Università degli Studi «Roma Tre».

¹ Cfr. A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165, 85: «Over the past fifty years, the "new constitutionalism" has swept across the globe, and today has no rival as a template for the organization of the state». Si possono vedere dettagliate panoramiche della diffusione di questo modello su scala globale in R. HIRSCHL, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, in «*Law and Social Inquiry*», vol. 25, 1, 2000, 91-149, 92, nt. 1; e G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in IDEM (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 1-121, spec. 7-41.

- ridico delle corti nelle loro ordinarie operazioni applicative; e b) che tali cataloghi sono formulati in termini di “principi”;
- la diffusione di tecniche argomentative “ponderative” (il bilanciamento, il *test* di proporzionalità, la ragionevolezza), che mirano a “conciliare” o “tenere insieme” più diritti o principi costituzionali che si trovano in conflitto nei casi concreti.

In un mio recente lavoro², ho cercato di elaborare una ricostruzione complessiva del modello “costituzionalismo dei diritti”, di saggiarne i punti deboli – a seconda dei casi: reali, potenziali, o immaginari – alla luce delle critiche più frequentemente sollevate verso questo modello (critiche che, in alcuni casi, provengono perfino da autori che si possono considerare del tutto interni al modello stesso), e di tracciarne una possibile linea di difesa. Gran parte del tentativo di difesa che ho provato ad elaborare fa perno su una ricostruzione analitica del concetto di diritto fondamentale, un concetto assolutamente centrale nel modello del costituzionalismo dei diritti (fino ad esserne eponimo). L'intento è di mostrare come, attraverso una più perspicua comprensione del funzionamento dei diritti fondamentali – della loro struttura, del loro funzionamento, delle operazioni interpretative e applicative che essi richiamano – sia possibile dissipare almeno alcuni equivoci su cui si ergono molte delle critiche al costituzionalismo contemporaneo. Ovviamente, nessuno si illude che un po' di analisi teorica e di chiarificazione concettuale possano risolvere tutte le diatribe che circondano il costituzionalismo contemporaneo: molte delle quali non si basano su crampi concettuali ma su genuini dissidi filosofico-politici, di natura sostanziale. Ma sgombrare il campo dagli equivoci e cercare di vedere i problemi più chiaramente possibile non è mai un esercizio sterile.

In questa sede, cercherò di sintetizzare alcuni punti utili ai fini di una valutazione complessiva del costituzionalismo contemporaneo, e dei suoi limiti, rinviando il lettore interessato al mio lavoro appena menzionato per uno sviluppo più compiuto del mio argomento. Mi concentrerò in particolare su questi punti: la questione dell'effettività dei diritti fondamentali – della distanza, cioè, che facilmente si può creare tra le altisonanti proclamazioni dei diritti fondamentali presenti in un testo costituzionale, e l'effettiva capacità di tali proclamazioni di trasformarsi in realtà (§ 1); la questione della proliferazione dei diritti – cioè il fenomeno, asseritamente patologico, che vede lo stato costituzionale produrre una pletora di diritti, talvolta anche insulsi (§ 2); la questione del rapporto, problematico, tra diritti e democrazia (§ 3).

² G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017.

§ 1. – Il problema dell'effettività dei diritti fondamentali (diritti “di carta”?)

Una prima questione dunque riguarda il carattere potenzialmente illusorio, o consolatorio, degli elenchi dei diritti offerti dal costituzionalismo contemporaneo. In particolare, il costituzionalismo dei diritti sembra generare e diffondere una pericolosa illusione ottica, in base alla quale, una volta avvenuta la solenne proclamazione di un diritto in un testo costituzionale, il più sembra fatto. Di contro, si obietta, spesso la mera proclamazione di un diritto non cambia granché nella realtà (non produce alcun reale effetto sociale), se non è tradotta in apposite disposizioni legislative, strumenti amministrativi (con conseguente, e adeguata, allocazione e utilizzazione di risorse), e concrete possibilità di tutela giudiziaria.

Ora, è certamente vero che la proclamazione di un diritto non equivale di per sé alla sua realizzazione, alla possibilità concreta per i suoi titolari di esercitarlo, o di soddisfare l'interesse sotteso a quel diritto; e nemmeno, ovviamente, equivale alla sua garanzia³. Che i diritti solennemente proclamati in un documento normativo (come una costituzione, un Patto internazionale, perfino una legge) possano restare lettera morta, fa certamente parte del novero delle possibilità che caratterizzano la condizione umana, e in molti casi questo è certamente un dato di fatto empiricamente osservabile. E del resto, *qualunque* norma giuridica può conoscere più o meno ampi livelli di inefficacia. Così, è certamente possibile che un diritto fondamentale, pur formalmente e solennemente proclamato, sia ridotto ad una condizione puramente “cartacea”⁴: ad esempio perché non vengono prodotte le norme (legislative o amministrative) in ipotesi necessarie per esercitare quel diritto; o perché si verificano comportamenti, di soggetti pubblici o privati, che violano sistematicamente quel diritto; o perché mancano o sono inefficienti le garanzie giudiziarie a tutela di quel diritto⁵.

Ma, innanzitutto, inferire l'inesistenza di un diritto dalla sua inefficacia sarebbe il frutto di una confusione tra distinte dimensioni delle norme giuridiche: rispettivamente, l'efficacia da una parte, e la validità e l'applicabilità dall'altra⁶. Si tratta cioè di un modo di derivare,

³ «Altro è conferire un diritto, altro è garantirlo»: così R. GUASTINI, 'Diritti', in IDEM, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, 137-147, 142; v. anche IDEM, *La garanzia dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 1990, 99-114, 101.

⁴ L'espressione “diritti di carta”, diffusasi nel dibattito filosofico-giuridico più recente grazie a R. GUASTINI, 'Diritti', cit., risale già a K.N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, in *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930, 431-465, spec. 447 ss.

⁵ A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21, 2016, 1-22, spec. § 2.

⁶ Per un approfondimento su queste nozioni, v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016, capp. V-VI.

in palese violazione della legge di Hume, l'invalidità o l'inapplicabilità di un diritto, che sono caratteristiche che riguardano *norme*, dal *fatto* della violazione o mancata realizzazione di quel diritto: una "fallacia realistica" analoga a quella che consisterebbe nel derivare, dal fatto che vengono commessi omicidi, l'invalidità o l'inapplicabilità (o l'inesistenza) delle norme penali che puniscono l'omicidio⁷. Quello dell'ineffettività dei diritti è certamente un problema di notevole importanza e, per chi ha a cuore i diritti – o almeno certi diritti – la verifica della loro effettività è certamente più importante della mera contemplazione della loro solenne proclamazione in un documento normativo. Tuttavia, chi, partendo dall'osservazione che i diritti sono violati o inattuati, conclude che essi sono anche inesistenti o insignificanti, non commette solo un errore logico o concettuale, ma ignora o sottovaluta anche un importante aspetto pragmatico dei diritti. Infatti, perfino un diritto di carta (un diritto, cioè, non tradotto in apposite disposizioni legislative o amministrative, e non assistito da specifiche garanzie giudiziarie) può servire come punto di partenza per strategie argomentative volte che ne producano qualche tipo di riconoscimento per via interpretativa, o per rivendicazioni sociali e politiche volte ad ottenere l'introduzione delle garanzie istituzionali necessarie all'attuazione di quel diritto: un diritto privo di effettività sul piano legislativo o amministrativo può ancora servire come base per processi trasformativi intrapresi sia sul piano giudiziario, sia sul piano politico e sociale⁸.

Spesso, poi, l'argomento dell'ineffettività dei diritti viene sollevato non a proposito delle generiche *violazioni*, ma piuttosto sotto lo specifico profilo della *inattuazione* dei diritti: l'inerzia dei poteri pubblici nel provvedere alle necessarie misure di attuazione, che determina così una lacuna "strutturale"⁹. E questo, a sua volta, si traduce nella denuncia del carattere per lo più illusorio, "apparente", dei diritti fondamentali e in particolare dei diritti sociali – i diritti di carta per antonomasia. In altre parole, questa versione dell'argomento dell'ineffettività

⁷ Riprendo l'esempio da D.D. RAPHAEL, *Human Rights, Old and New*, in IDEM (a cura di), *Political Theory and the Rights of Man*, Bloomington-London, Indiana University Press, 1967, 54-67, a 21. Parla di "fallacia realistica" a questo proposito L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, 57.

⁸ Sui diritti come «posizioni argomentative», M. BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto*, 2005, 1-20, 11-13. Sulle potenzialità trasformative delle rivendicazioni in termini di diritti, pur se basate su diritti non adeguatamente garantiti, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, cap. III; v. anche IDEM, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999², 26. Questa è l'idea, e l'importanza, di quelli che Feinberg chiama «manifesto-rights»: *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall, 1973, 67, 95; IDEM, *The Nature and Value of Rights*, in *The Journal of Value Inquiry*, vol. 4, 1970, 243-257, 32; v. anche C. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 117-121.

⁹ Per questa nozione, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, spec. 117-118.

fettività dei diritti prende di mira specificamente i diritti “positivi”¹⁰: poiché, si dice, il godimento di questi diritti richiede apposite prestazioni, tipicamente erogate da soggetti pubblici, prestazioni la cui erogazione richiede a sua volta soggetti pubblici idonei apparati burocratici a ciò finalizzati, allora la proclamazione pur solenne dei diritti sociali di per sé non dice nulla fino a che quegli apparati non siano effettivamente istituiti e funzionanti. Senza un corposo intervento pubblico, si dice, accompagnato dalla corrispondente mobilitazione di risorse erariali, i diritti sociali non possono essere soddisfatti; e poiché questo intervento pubblico è costoso e produce un asfissiante apparato regolatorio, è bene pensarci due volte – prosegue l’argomento – prima di appassionarsi ai diritti sociali.

Ebbene, un minimo di analisi della struttura e del funzionamento dei diritti può aiutare a inquadrare più esattamente i termini di questa critica. In particolare, può mostrare che *ogni* diritto fondamentale è un aggregato di molteplici situazioni soggettive (attive e passive; positive e negative); e dunque che *ogni* diritto fondamentale (e non solo i diritti sociali) richiede interventi “positivi” in funzione agevolativa e protettiva, in mancanza dei quali tale diritto sarebbe destinato a ridursi ad uno stato pressoché “cartaceo”¹¹; ogni diritto può essere svuotato in assenza di idonee garanzie primarie e secondarie¹². E nella misura in cui l’argomento dell’ineffettività dei diritti sociali venga ricondotto specificamente al profilo della *non giustiziabilità* dei diritti sociali, questo è a ben vedere un dato del tutto contingente: si possono tranquillamente immaginare, e in molti ordinamenti sono effettivamente in atto, meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti sociali.

Infine, la proclamazione costituzionale di una lista di diritti e principi fondamentali, anche nell’ipotesi in cui questi diritti restino in parte (o anche in gran parte) inapplicati, svolge una importante funzione simbolica: la funzione di ricordare e di riaffermare l’adesione da parte della comunità geopolitica ad una serie di valori fondativi¹³. Il valore

¹⁰ O meglio, secondo la concettualità che mi sembra da preferire, i diritti “passivi” e “positivi”: diritti, cioè, il cui contenuto consiste nel ricevere una prestazione (da cui il loro carattere “passivo”), prestazione il cui contenuto è un fare (un trasferimento monetario, una attività materiale...: da cui il loro carattere “positivo”). Su queste nozioni, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 84-85.

¹¹ In proposito cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. III, § 3.3, e cap. VI, § 3.2 (sulla pretesa contrapposizione tra diritti positivi e negativi); e cap. V, § 5.2 (sulla dimensione «espansiva» dell’inviolabilità dei diritti fondamentali).

¹² Per la distinzione tra garanzie primarie (gli obblighi il cui adempimento soddisfa il diritto) e secondarie (gli strumenti di tutela giurisdizionale del diritto), v. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 57.

¹³ Sulla funzione (anche) simbolica delle dichiarazioni dei diritti, v. G. POSTEMA, *In Defense of «French Nonsense». Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (a cura di), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, 107-133; M. KRAMER, *Rights in Legal and Political Philosophy*, in K. WHITTINGTON, D. KELEMEN, G. CALDEIRA (a cura di), *The*

simbolico associato alla riaffermazione di questi valori fondativi, peraltro, è tanto più importante quanto più in quella società esista anche una corposa tendenza ad andare *contro* quegli stessi principi o valori¹⁴.

§ 2. – Proliferazione e interdipendenza dei diritti

Una seconda caratteristica peculiare, e controversa, del costituzionalismo contemporaneo è l'ampiezza del catalogo dei diritti fondamentali, e la sua continua apertura a successive integrazioni per via interpretativa e per via di integrazione sovranazionale. Il costituzionalismo contemporaneo, in altre parole, genera un'incontrollabile proliferazione dei diritti. Questo per un verso produce incertezza sia sul contenuto sia sulla forza dei diritti¹⁵; e per altro verso produce un effetto di saturazione: qualunque pretesa potrà essere agevolmente riformulata come rivendicazione di un diritto fondamentale¹⁶; infine, ciò produce anche un effetto di inflazione dei diritti: il titolare dei diritti si troverà in tasca tantissimi diritti, ma che valgono abbastanza poco, essendo ogni diritto esposto alla possibilità di essere indefinitamente limitato per far posto ad altri diritti, o anche ad interessi di altro tipo.

Ora, la proliferazione dei diritti è, in certa misura, un aspetto incontestabile del costituzionalismo contemporaneo. In presenza di costituzioni "lunghe", che codificano un elenco di diritti fondamentali spesso formulati in maniera piuttosto ampia e generica, e dai quali a loro volta possono essere derivati a cascata ulteriori diritti, è pressoché inevitabile che si tenda a riformulare ogni pretesa appena rilevante in termini di diritti costituzionali. A questo quadro di saturazione dello spazio giuridico da parte dei diritti e principi costituzionali viene allora contrapposto il c.d. minimalismo dei diritti, l'idea che la proliferazione dei diritti

Oxford Handbook of Law and Politics, Oxford, Oxford University Press, 2008, 414-427, 426. E più in generale S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006 («il diritto è un apparato simbolico che struttura una organizzazione sociale anche quando si sa che alcune sue norme sono destinate a rimanere inapplicata», 42).

¹⁴ Cfr. C. SUNSTEIN, *Against Positive Rights*, in *East European Constitutional Review*, vol. 2, 1993, 35-38. Specularmente, M.A. GLENDON, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, 519-538, 531, nota come spesso i diritti sociali siano più intensamente tutelati in alcuni ordinamenti che non li proclamano a livello costituzionale, rispetto agli ordinamenti in cui sono dotati di una simile proclamazione: si può ipotizzare infatti che nei primi l'esigenza di tutelare i diritti sociali sia talmente condivisa a livello politico e sociale da rendere superflua una loro solenne proclamazione costituzionale.

¹⁵ Sul rapporto tra ambito di applicazione (*scope*) e forza (*stringency*) dei diritti, v. R. SHAFER-LANDAU, *Specifying Absolute Rights*, in *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995, 209-225; IDEM, *Rights and Liberties*, in C.B. GRAY (a cura di), *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, vol. II, New York, Garland, 1999, 753-756, 755 s.; J.J. MORESO, *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*, in *Ratio Juris*, vol. 25, 1, 2012, 31-46.

¹⁶ Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2, 2002, 115-131, 123.

possa essere evitata restringendo il catalogo dei diritti alle sole libertà negative – o meglio ad alcune di esse. Nuovamente, grazie ad un po' di analisi teorica e concettuale del funzionamento dei diritti, e in particolare dei diritti fondamentali, è possibile mostrare in che modo proposte di questo tipo risultino insoddisfacenti¹⁷.

In primo luogo, infatti, ogni diritto fondamentale è una costruzione complessa, che tende a generare ulteriori diritti funzionali alla protezione dell'interesse di partenza; e inoltre i diritti fondamentali sono attribuiti da norme che hanno natura di principi¹⁸: e i principi sono norme generiche e indeterminate, bisognose di successive concretizzazioni. Di modo che è in qualche misura inevitabile che, a partire da un diritto fondamentale, “proliferino” ulteriori diritti.

Inoltre, qui viene in gioco una considerazione che ha meno a che fare con la struttura dei diritti, e più con la loro sostanza: si tratta del problema della interdipendenza, o indivisibilità, dei diritti¹⁹. Il punto rilevante, qui, è che molti diritti, se considerati isolatamente, come delle monadi non comunicanti, sarebbero poco più che dei «figurini»²⁰: sarebbero formule vuote, in altre parole. Molti diritti presuppongono altri diritti, senza i quali sarebbero irrealizzabili, o futili. Si considerino i seguenti esempi: l'esercizio dei diritti politici non presuppone forse un grado di istruzione da parte dei titolari, e un grado apprezzabile di libera circolazione delle idee e delle informazioni (la formazione di una libera opinione pubblica)? L'esercizio della libertà religiosa non presuppone forse la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di coscienza, un grado di autonomia personale, la privacy, e la libertà di associazione? La libertà di iniziativa economica non presuppone forse (nuovamente) un certo livello di scolarizzazione, una buona salute, infrastrutture di comunicazione delle informazioni e di circolazione di beni e servizi, e forse anche qualche soglia

¹⁷ Per una più ampia confutazione del minimalismo dei diritti, con argomenti parzialmente diversi da quelli esposti nel testo, v. A. GUTMANN, *Introduction*, in M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, a cura di A. Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 2003, VII-XXVIII; T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, in *Ragion pratica*, 26, 2006, 179-208.

¹⁸ Per una più dettagliata analisi della complessità interna dei diritti fondamentali, e il loro rapporto con i principi, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. IV.

¹⁹ È infatti, T. MAZZARESE, *Ripensare l'età dei diritti?*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, 125-152, 147, nota correttamente che il minimalismo dei diritti ha come vero obiettivo non la deflazione del catalogo dei diritti, ma la negazione dell'indivisibilità di diritti civili, politici e sociali. Il tema dell'indivisibilità dei diritti è trattato soprattutto nell'ambito della protezione internazionale e sovranazionale dei diritti umani: cfr. in proposito I.E. KOCH, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2009; P. MACKLEM, *Human Rights in International Law: Three Generations or One?*, in *London Review of International Law*, vol. 3, 1, 2015, 61-92, spec. 73-74.

²⁰ Riprendo questa espressione da R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 15-25.

minima di disponibilità economiche (a sua volta prodotta da qualche politica pubblica di tipo redistributivo)? E così via. Si noti: quando impiego qui la parola «presupporre», non mi riferisco ad implicazioni strettamente logiche tra diritti, ma a rapporti di ragionevolezza, di sensatezza. Il punto è il seguente: sarebbe sensato riconoscere, ad esempio in un testo costituzionale, solo pochi ben definiti diritti, strettamente equivalenti alla sfera della libertà negativa? Potrebbe funzionare un simile elenco²¹?

Si noti peraltro che la proposta del minimalismo dei diritti viene talvolta difesa in quanto idonea a ridurre il carattere controverso dei diritti: invece di accogliere diritti di qualunque tipo, si dice, meglio concentrarsi su un catalogo di pochi diritti non controversi, circondati da un ampio consenso politico e sociale (di solito, i diritti di libertà). Ma questo argomento è, a ben vedere, una petizione di principio: nulla infatti assicura che un catalogo composto da pochi diritti attragga maggior consenso sociale rispetto ad un catalogo di diritti ricco ed eterogeneo (anzi è più probabile il contrario), né è detto che sia possibile raggiungere un ampio consenso sociale sull'individuazione dei pochi diritti che in ipotesi dovrebbero entrare in un catalogo minimalista²².

Infine, non si vede perché il discorso e la pratica dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo si limiterebbero ad assecondare pretese capricciose e idiosincratiche, destinate inevitabilmente a tradursi in pretese assolute e insaziabili. Che i diritti abbiano una «naturale» vocazione espansiva è vero, ma questo deve fare i conti con la circostanza che l'espansione di un diritto incontrerà inevitabilmente la forza di resistenza contraria opposta da altri diritti, o anche da altri beni che non sono strettamente concettualizzabili in termini di diritti (l'ordine pubblico, la sicurezza, ecc.): nessun diritto ha una forza espansiva illimitata. E dunque il discorso dei diritti contiene già in sé, almeno potenzialmente, alcuni anticorpi contro una proliferazione inarrestabile dei diritti²³.

Dunque, un catalogo ampio di diritti e principi costituzionali non è semplicemente il deplorabile frutto della foga retorica di padri

²¹ Su questo punto, cfr. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2013, cap. II, spec. 89, 90, 93 (i diritti fondamentali si presentano «in grappoli»). Più in generale, v. Corte costituzionale n. 1/2013, sull'esigenza che una costituzione «per principi» sia interpretata in maniera sistematica, in quanto i principi «sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente».

²² Cfr. A. GUTMANN, *Introduction*, cit., XIII-XIV.

²³ Lo stesso Dworkin, cui si deve la notissima immagine dei diritti come *trumps*, in base alla quale i diritti sono destinati normalmente a prevalere sugli interessi pubblici (*policies*) concorrenti, riconosce che in caso di conflitti tra diritti è necessario bilanciarli e dunque limitarli reciprocamente: cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, II ed. London, Duckworth, 1978, 193-194.

costituenti un po' troppo entusiasti, né necessariamente di giurisprudenze che si sono fatte prendere un po' troppo la mano dall'idolatria dei diritti (anche se non si può escludere che ciò accada, ovviamente); risponde piuttosto ad un modello di progettazione dello spazio pubblico del tutto sensato, anche se ambizioso, e che in un certo senso si impone per forza di cose.

§ 3. – Diritti, democrazia, giurisdizione

Un punto che fa da sfondo a molte critiche verso il costituzionalismo contemporaneo riguarda il rapporto tra diritti fondamentali e democrazia, e in particolare il rapporto tra gestione giudiziaria dei diritti fondamentali da una parte, e diritti di partecipazione democratica dall'altra.

L'obiezione, come è noto, è che lo spazio dei diritti restringe inesorabilmente lo spazio della decisione democratica: sui diritti non si decide a maggioranza, i diritti sono una protezione contro le maggioranze, sono la «sfera dell'indecidibile»²⁴. Ma la decisione democratica è a sua volta il prodotto dell'esercizio di diritti (politici), strettamente collegati all'autonomia personale. Dunque, la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, la cui tutela è rimessa a organi giudiziari, rappresenta una limitazione dello spazio dell'autonomia dei cittadini, perché sottrae certe materie alla decisione democratica, e consente che organi non dotati di legittimazione democratica (le corti, o la sola corte costituzionale) pongano nel nulla le decisioni prese all'interno del circuito democratico-rappresentativo.

Questa, in estrema sintesi, l'obiezione²⁵. Guardiamola un po' da vicino.

²⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 822, 847-849; IDEM, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 48. Si veda anche E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in *Doxa*, n. 6, 1989, 143-164, per l'idea della costituzione come «coto vedado».

²⁵ Ho qui sintetizzato, in pochissime battute, quello che mi pare essere il nocciolo di argomentazioni in realtà assai più ricche e sofisticate. Tra i principali difensori della posizione che ho qui richiamato, si vedano (con varietà di sfumature e argomenti) C. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1996; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999; IDEM, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, 1346-1406; J.C. BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, in *Ragion pratica*, 10, 1998, 41-64; IDEM, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, in J. BETEGÓN, F. LAPORTA, L. PRIETO SANCHÍS, J. RAMÓN DE PÁRAMO (a cura di), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 67-138; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

§ 3.1. – *Diritti vs. democrazia?*

Un presupposto comune da cui sembrano partire le critiche di questo tipo è l'idea che il parlamento sia dotato di legittimazione democratica, mentre le corti sono organismi puramente tecnico-burocratici, quasi "aristocratici"; e di conseguenza, le attività di gestione dei diritti (coordinamento tra diritti, concretizzazione di diritti fondamentali altamente indeterminati, ecc.) effettuate dal legislatore esibisce comunque il marchio della democraticità, mentre le attività di gestione dei diritti effettuate in sede giudiziaria non sono parimenti fornite di supporto democratico e anzi finiscono per incidere sulle prerogative della democrazia. Questa però sembra una versione abbastanza edulcorata della realtà. Infatti, la democraticità di un sistema politico, o delle sue componenti, è a ben vedere una questione di grado, non una questione tutto-o-niente. Per tacere del fatto, poi, che ci sono molti modi diversi, e non funzionalmente equivalenti, di configurare i meccanismi sia della rappresentanza²⁶, sia della decisione a maggioranza; e che spesso solo per pura finzione si può assumere che il semplice cittadino si senta realmente coinvolto e rappresentato in un procedimento parlamentare²⁷. Peraltro, una volta che si rifiuti la finzione della "immedesimazione organica" tra i cittadini e i loro rappresentanti, emerge con tutta evidenza la necessità di tutelare i diritti dei cittadini anche *contro* i loro rappresentanti²⁸.

Se è così, allora l'introduzione di un controllo giudiziario sulle leggi a garanzia dei diritti fondamentali non equivale necessariamente ad una diminuzione del tasso di democraticità del sistema: al contrario, è un dispositivo che può rendere il sistema maggiormente democratico. Infatti, una volta accettato che i sistemi democratici sono solo *più o meno* democratici, che la democraticità di un sistema è questione di grado, la *judicial review* può essere considerata, a determinate condizioni, come un meccanismo per assicurare l'ingresso di nuove forme di partecipazione democratica nella formazione delle decisioni collettive. Tramite i meccanismi della *judicial review*, normalmente azionati sulla base dell'iniziativa di singoli individui i cui diritti o interessi si assumono conculcati dalle decisioni maggioritarie, si assicura che il singolo individuo abbia un'occasione di intervenire nel processo di forma-

²⁶ È di tutta evidenza, ad esempio, che alcuni meccanismi elettorali producono risultati che si avvicinano più ad un modello decisamente "aristocratico" che a uno "democratico": si pensi ad esempio al voto su liste bloccate, in cui i candidati messi nelle posizioni "sicure" sono stati selezionati dalle segreterie dei partiti.

²⁷ Per l'osservazione che i critici della *judicial review* assumono una troppo semplicistica immedesimazione tra i cittadini e i loro rappresentanti in parlamento, cfr. C. FABRE, *The Dignity of Rights*, in *Oxford Journal Legal Studies*, vol. 20, 2, 2000, 271-282, 275-276.

²⁸ Per alcune osservazioni generali su rappresentanza e (assenza di) immedesimazione organica tra elettori ed eletti, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 31-33.

zione o di consolidamento di quelle decisioni, contestandole in un foro imparziale (perché non rispecchia il gioco delle maggioranze politiche) sulla base dei propri diritti individuali. Peraltro, spesso una legislazione può favorire una maggioranza, e sfavorire alcune minoranze, non in conseguenza di una deliberata e consapevole decisione assunta dalla maggioranza secondo le procedure democratiche, ma semplicemente per inerzia: perché un certo assetto di interessi si è cristallizzato nel tempo (magari in un momento in cui quel particolare squilibrio tra interessi maggioritari e altri interessi non veniva nemmeno percepito, per la scarsa visibilità delle minoranze, per una diversa sensibilità sociale, ecc.), e in seguito gli organi legislativi non sono mai più riusciti a trovare un consenso sufficientemente ampio, o la volontà politica, o magari nemmeno il tempo, per rimmetterlo in discussione. In tali casi, la *judicial review* può rappresentare un'ulteriore occasione di partecipazione "democratica", perché può servire a mettere in moto un dibattito pubblico - incluso un dibattito parlamentare - che semplicemente mancava²⁹. E si noti che in alcuni paesi, tra cui l'Italia, il dibattito pubblico (e parlamentare) su questioni di diritti fondamentali, come il matrimonio omosessuale o le decisioni di fine vita, è stato incentivato e arricchito, e non monopolizzato o congelato, proprio dalla presenza di interventi giudiziari su queste materie. In fin dei conti, la democrazia non si esercita solo il giorno delle elezioni, né è solo decisione a maggioranza³⁰.

Il fatto che questa seconda fase, peraltro eventuale, del processo con cui prendono forma le decisioni collettive, si svolga in un foro imparziale (le corti, relativamente immunizzate rispetto alle pressioni e alle passioni della politica maggioritaria) fa sì che il cittadino che lamenta una lesione dei propri diritti da parte della maggioranza possa addurre le proprie ragioni *a*) in una sede in cui le ragioni della maggioranza non hanno necessariamente un valore preponderante, come invece avviene nelle sedi della democrazia rappresentativa e maggioritaria; e *b*) davanti ad un soggetto che poi assumerà le proprie decisioni, idealmente, non sulla base di compromessi politici al dettaglio, o di mere valutazioni di opportunità, ma sulla base di ragioni pubblicamente spendibili, e in qualche misura "oggettivate" nelle forme del ragionamento giuridico³¹. In questo quadro, peraltro, il compito del

²⁹ Si noti peraltro che la Corte costituzionale italiana si è dotata di tecniche decisionali come le «sentenze-monito», o le sentenze additive «di principio», che sembrano particolarmente idonee a questa funzione di sollecitare un dibattito parlamentare.

³⁰ Sul punto, M. BOVERO, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 16, 2016, 11-21.

³¹ Il nocciolo di verità di questa idea è contenuto anche, ma in una forma forse tendenzialmente troppo ottimistica, nelle note definizioni della corte costituzionale come "foro dei principi" (R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985,

soggetto “terzo” non consisterà nel sovrapporre una propria, autonoma valutazione di merito a quella del legislatore, ma piuttosto di verificare che tutti gli interessi coinvolti nella decisione legislativa siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale.

In sintesi, se il quadro fin qui descritto è plausibile, emerge che la *judicial review* non è per sua natura antidemocratica; piuttosto, vengono qui in gioco due distinte dimensioni della democrazia, o due modi di esercitare la democrazia. La prima è la dimensione del tutto familiare della democrazia rappresentativa, che interessa le istituzioni di governo (Parlamento ed esecutivo)³²; la seconda è una democrazia “contestatrice”³³, che riguarda la possibilità per i cittadini di contestare le decisioni assunte dai loro rappresentanti. La prima funziona come luogo di formazione maggioritaria delle decisioni collettive, la seconda come occasione per rimettere in discussione quelle decisioni su iniziativa dei cittadini stessi (o anche su iniziativa di soggetti che non hanno avuto alcuna rappresentanza nel processo decisionale), e, se del caso, per correggerle, emendarle, alla luce dei diritti individuali coinvolti. È vero che queste due dimensioni della democrazia potranno entrare reciprocamente in tensione, ma questo non è un effetto imprevisto o patologico: la democrazia rappresentativa è, infatti, solo uno dei valori incorporati dal costituzionalismo contemporaneo, e si può ben dire che il costituzionalismo contemporaneo scommetta proprio sul fatto che questa tensione tra elementi diversi sia, in ultima analisi, benefica³⁴.

Per concludere su questo punto, una valutazione della critica secondo cui nel costituzionalismo contemporaneo i diritti “sequestrano” la democrazia deve tenere conto almeno di altre tre considerazioni, che indicherò molto sinteticamente.

33, 69-71) e “paradigma della ragione pubblica” (J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, 231, 382).

³² Utilizzo qui la locuzione «istituzioni di governo» nel senso stipulato da Luigi Ferrajoli, cioè a denotare tutte le istituzioni che esercitano «funzioni di governo»; queste ultime, a loro volta, «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile», e «includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 872); «l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica» (*ivi*, 876).

³³ Riprendo la distinzione tra queste due accezioni di democrazia da P. PETTIT, *Republican Freedom and Contestatory Democratization*, in I. SHAPIRO, C. HACKER-CORDON (a cura di), *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 163-190; IDEM, *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. SHAPIRO, S. MACEDO (a cura di), *Designing Democratic Institutions*, NOMOS XLII, New York, New York University Press, 2000, 105-144. Sulle corti come strumento di partecipazione democratica v. anche S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 169-186; IDEM, *Libertà e diritti nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti*, Roma, Donzelli, 1997, 2011², 108; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 239.

³⁴ P. COSTA, *Demos e diritti: un campo di tensione nella democrazia costituzionale?*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, il Mulino, 2010, 11-22; M. FIORAVANTI, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, vol. 43, t. 1, 2014, 1077-1094, 1091.

In primo luogo, la democrazia *richiede* alcuni diritti. In particolare, alcuni diritti sono *intrinsecamente connessi* alla democrazia, nel senso che appartengono al modo stesso di funzionare della democrazia (il diritto di voto, la libertà di associazione politica, ecc.); e altri sono il *presupposto fattuale* della democrazia, nel senso che senza quei diritti la democrazia sarebbe una pura finzione (la libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero, la protezione contro discriminazioni basate sulle opinioni politiche, in generale i diritti collegati all'egualianza, sia formale che sostanziale)³⁵. In altre parole, anche tra democrazia e diritti si pongono quelle complesse relazioni di interdipendenza che abbiamo visto all'opera poco sopra tra diritti fondamentali.

In secondo luogo, il catalogo dei diritti fondamentali è formulato "per principi", e i principi, come abbiamo già visto, sono norme generiche e indeterminate bisognose di successive concretizzazioni³⁶. Basta questo per rifiutare l'idea che il costituzionalismo contemporaneo mortifichi il ruolo del legislatore democraticamente eletto riducendolo al ruolo di mero esegeta della costituzione. I principi costituzionali sono sempre suscettibili di diverse possibilità di *determinatio* ad opera del legislatore³⁷, ci sono sempre diversi «mondi costituzionalmente possibili»³⁸. Cosa che, paradossalmente, hanno ben presente coloro che accusano il costituzionalismo contemporaneo di generare una notevole amplificazione della discrezionalità giudiziale: non si capisce, infatti, perché mai *lo stesso panorama normativo* che contribuirebbe all'espansione della discrezionalità giudiziale, allo stesso tempo dovrebbe determinare un azzeramento della discrezionalità del legislatore³⁹.

In terzo luogo, infine, nel costituzionalismo contemporaneo l'attenzione ai valori democratici non scompare dal quadro nel momento in cui una questione attinente ai diritti fondamentali viene portata all'attenzione di una corte: le corti infatti hanno sviluppato tecniche di giudizio che solitamente inglobano anche la preoccupazione di tutelare gli spazi della democrazia (rappresentativa): si pensi alla dottrina del margine di apprezzamento sviluppata dalla Corte Edu, alla deferenza verso la discrezionalità legislativa in certe materie e per certe

³⁵ Cfr. A. PINTORE, *Democrazia e diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 449-471; M. BOVERO, *Diritti deboli, democrazie fragili*, cit., 17-19.

³⁶ Sul punto, cfr. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cit., cap. IV.

³⁷ Sulla necessaria *determinatio* di principi morali e costituzionali astratti, cfr. J. WALDRON, *Torture, Suicide and Determinatio*, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 55, 2010, 1-29; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., cap. IV.

³⁸ Riprendo questa espressione da J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, 167; in senso analogo v. inoltre G. ŽAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, 140; M. FIORAVANTI, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, cit., 1089-1091.

³⁹ Per una efficace replica a critiche di questo tipo, v. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo del los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, 47-72, 52-61.

scelte, e, nel dibattito filosofico-giuridico, alla tesi di Robert Alexy sulla discrezionalità strutturale che spetta al legislatore nei casi di equilibrio tra le posizioni in conflitto nel bilanciamento⁴⁰.

§ 3.2. – *Diritti e discrezionalità giudiziale*

Ho detto più volte, nel paragrafo precedente, che le corti sono o possono essere un foro imparziale. Questa affermazione potrebbe suonare semplicistica, e volta ad accreditare una implausibile immagine di oggettività e di olimpica serenità che animerebbe i ragionamenti svolti nelle sedi giudiziarie, mentre il Parlamento sarebbe il luogo in cui si scontrano fazioni che perseguono spietatamente interessi partecolari. Le cose, ovviamente, non stanno così.

Nello Stato costituzionale, le corti non possono essere raffigurate come fori puramente neutri, tecnici, apolitici – ammesso che una simile raffigurazione delle corti abbia avuto mai qualche plausibilità, peraltro. Al contrario, il lavoro delle corti (e specialmente delle corti costituzionali) ha una dimensione chiaramente politica, perché legata alla protezione dei valori fondamentali della *polis*⁴¹. E le attività di specificazione e di bilanciamento dei principi costituzionali da esse svolte hanno una ineludibile componente di scelta politica. Più in generale, nel costituzionalismo contemporaneo l'interpretazione costituzionale include inevitabilmente il ricorso (anche) ad argomenti di tipo morale, ogniqualvolta abbia ad oggetto concetti di natura morale (dignità, eguaglianza, libertà...) ⁴²; e anche quando l'interpretazione costituzionale non ha a che fare direttamente con concetti morali, le corti costituzionali tendono comunque ad interpretarli alla luce dei valori sostanziali, etico-politici, sottesi alla costituzione⁴³. Tuttavia, anche

⁴⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, 617 ss.

⁴¹ Ciò era chiaramente avvertito già da P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, I, 7 ss. (spec. § 24).

⁴² Sulla circostanza che le costituzioni contemporanee contengano una massiccia incorporazione di concetti morali, cfr. cap. I, § 1.2.2. Per l'idea che la costituzione richieda una «lettura morale», e che comunque l'interpretazione costituzionale implichi il ricorso ad argomentazioni di tipo morale, v. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, 2-3, 7-12; J.C. BAYÓN, *Diritti, democrazia, costituzione*, cit., § 1; L. TRIBE, M. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991 cap. 3; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., cap. II; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., 132; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, 139-142; IDEM, *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 14, 2014, 56-110, 83-84; V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi*, Torino, Giappichelli, 2016, 26-30 e *passim*.

⁴³ Si veda ad esempio Corte costituzionale n. 487/1989, che afferma che la nozione costituzionale di «riserva di legge» (in materia penale) debba essere «principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio», anziché dalla sola formulazione letterale del testo costituzionale.

se l'interpretazione costituzionale nel costituzionalismo contemporaneo include una dimensione etico-politica, è ovvio che non si tratta *della stessa politica*, maggioritaria, alla continua ricerca di compromessi al dettaglio e di consenso elettorale, che caratterizza l'azione dei governi e dei parlamenti; e proprio per questa ragione, peraltro, è particolarmente inappropriato basare l'interpretazione costituzionale su nozioni come la "coscienza sociale", lo "spirito popolare", il "comune sentire della maggioranza della popolazione", e simili: i diritti fondamentali, infatti, sono diritti *contro* la maggioranza, e quest'ultima ovviamente non è solo la maggioranza "parlamentare", ma anche "sociale": interpretare il contenuto dei diritti fondamentali in modo che sia conforme al "comune sentire" finisce per svuotare i diritti del loro ruolo⁴⁴.

In questo quadro, le tecniche argomentative "ponderative", e in particolare il principio di proporzionalità, si inseriscono in maniera quasi naturale. Infatti, il principio di proporzionalità appare come uno strumento particolarmente adeguato nell'ambito di una *judicial review* concepita come un foro imparziale, in cui le decisioni adottate con meccanismi maggioritari possono essere messe sotto scrutinio alla luce della possibile lesione di diritti individuali. A fronte di una lesione *prima facie* di un diritto individuale, il test di proporzionalità consente esattamente di porre le domande appropriate alla funzione "contestatrice" che poco sopra abbiamo associato alla *judicial review*: l'individuazione del fine perseguito dalla decisione maggioritaria, la valutazione della congruità dei mezzi rispetto al fine (adeguatezza e necessità), la comparazione tra il beneficio conseguito dalla misura limitativa del diritto e il sacrificio imposto a chi è uscito perdente dalla decisione maggioritaria (bilanciamento in senso stretto). Queste sono esattamente le domande che vale la pena porre per capire se una certa decisione collettiva sia stata adottata in maniera ragionata, equilibrata, *fair*, tenendo in debito conto tutti i diritti e gli interessi coinvolti, e non viziata da preferenze indebite, da pregiudizi, o da pura e semplice assenza di considerazione verso il diritto conculcato⁴⁵.

Tre brevi osservazioni per concludere su questo punto. Innanzitutto, è sostanzialmente inevitabile che nel costituzionalismo contemporaneo l'interpretazione costituzionale, e in particolare la gestione giudiziaria dei diritti fondamentali, assuma non solo centralità, ma anche

⁴⁴ A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart, 2005², 160-162; V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in *il Mulino*, 3, 2006, 411-419, 418; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 135-139. Con le parole di L. FERRAJOLI, «non è affatto vero che i diritti umani esprimano un'etica condivisa, neppure nella nostra stessa cultura»: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 61.

⁴⁵ Cfr. K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 3, 2012, 709-731, 729-731; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2, 2010, 142-175.

caratteristiche spiccatamente creative: questo sia a causa della peculiare formulazione degli enunciati costituzionali – ampi, indeterminati, bisognosi di concretizzazione; sia a causa della tendenza alla conflittualità dei principi costituzionali, come conseguenza, nuovamente, della loro formulazione ampia, e del carattere pluralistico del contenuto etico sostanziale delle costituzioni contemporanee⁴⁶ (cosa che rende necessario escogitare, in sede giurisprudenziale, modalità di conciliazione tra i diritti fondamentali confliggenti: le tecniche ponderative); sia, infine, a causa del carattere rigido della costituzione contemporanea (la difficoltà di emendarla con le ordinarie procedure legislative) e della sua aspirazione a durare a lungo, che finiscono per spostare proprio sull'attività interpretativa l'esigenza di aggiornamento della Costituzione⁴⁷.

In secondo luogo, dal fatto che nel costituzionalismo contemporaneo pressoché ogni rivendicazione o conflitto di interessi possa essere sussunto nell'ambito di rilevanza di qualche principio costituzionale (o anche più di uno allo stesso tempo), e dunque rivestito della qualifica del diritto fondamentale (almeno *prima facie*)⁴⁸, non segue che la costituzione contenga anche *una precisa risposta* per tali casi: la risposta potrà essere data solo dopo un'attività, inevitabilmente discrezionale, di concretizzazione e di bilanciamento di tutti i principi costituzionali di volta in volta rilevanti. L'interpretazione giuridica è sempre una attività in parte creativa e decisoria, che presuppone scelte adottate anche su basi morali o etico-politiche (e questo è ancora più vero nel caso dell'interpretazione costituzionale, come abbiamo visto): la risposta a una questione costituzionalmente rilevante non è mai semplicemente "letta" o scoperta nella costituzione. Da ciò deriva che anche gli interpreti, lungi dall'essere dei meri "tecnici" del diritto, sono portatori di una responsabilità etico-politica, che impone loro, in primo luogo, di soddisfare adeguati *standard* di giustificazione delle loro decisioni⁴⁹.

⁴⁶ Sul pluralismo come meta-valore dello Stato costituzionale contemporaneo, e la conseguente conflittualità tra principi costituzionali, v. G. POSTEMA, *In Defense of «French Nonsense»*, cit., 125-126; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1990, 11, 16, 170-173; IDEM, *Intorno alla legge*, cit., 139; L. TRIBE, M. DORF, *On Reading the Constitution*, cit., 24-25; L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., 53; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, 11-52, 24, 30; P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 21-58, 48-51; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione «inattuata» alla Costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, 31-72, 59; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., cap. II.

⁴⁷ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 15-44, 22-23; R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 114.

⁴⁸ Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. I, § 3, e cap. IV, § 3.4.

⁴⁹ Sulla necessità che la Corte costituzionale si doti di un «protocollo argomentativo», S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte*

In terzo luogo, è vero che le clausole costituzionali che codificano i diritti fondamentali sono formulate in termini ampi e indeterminati, e che vengono interpretate e applicate secondo tecniche che invitano all'esercizio di un grado anche notevole di discrezionalità interpretativa. Tuttavia, a queste disposizioni non è possibile far dire letteralmente *qualunque cosa*: per quanto elastico possa essere, il linguaggio esercita comunque un vincolo⁵⁰. E inoltre le giurisprudenze che operano nel costituzionalismo contemporaneo sviluppano normalmente delle modalità di giudizio che tendono a stabilizzare gli esiti decisionali: si pensi ad esempio al bilanciamento "definitorio" o "categoriale", che produce una regola destinata ad essere applicata in una serie di casi futuri; alla strutturazione e "proceduralizzazione" del test di proporzionalità in vari passaggi; al richiamo al diritto vivente; alla forza gravitazionale esercitata da interpretazioni particolarmente autorevoli (ad esempio quelle rese da una corte di vertice), alla quale gli altri giudici tenderanno ad adeguarsi. Tutto ciò fa sì che anche nel costituzionalismo dei diritti l'interpretazione giuridica non si riduca a una valutazione puramente morale e resa caso per caso, ma piuttosto sia variamente condizionata dalle esigenze di universalizzazione e di aggancio al diritto positivo tipiche del ragionamento giuridico.

§ 3.3. – Da "chi ha l'ultima parola" alla "cultura della giustificazione"

Dunque, nel costituzionalismo contemporaneo la democrazia rappresentativa è sì un valore, ma è un valore che si trova in concorrenza con altri valori, specificati nella forma dei diritti fondamentali (e lo stesso valore della democrazia, a sua volta, giustifica la protezione di vari diritti fondamentali).

Ora, i diritti fondamentali sono intrinsecamente legati alla giurisdizione, proprio per la loro natura "contromaggioritaria" (spettano agli individui anche contro la maggioranza). Ma i diritti hanno anche bisogno del momento legislativo (e anche di quello amministrativo, ovviamente)⁵¹. Anche nel costituzionalismo dei diritti, i diritti non vivono solo nella giurisdizione, ma hanno bisogno di numerose decisioni politiche (i diritti, come abbiamo detto più volte, non sono auto-esecutivi). Dunque, alcuni profili della tutela dei diritti fondamentali spette-

costituzionale e principio di eguaglianza, Padova, Cedam, 2001, 35-58.

⁵⁰ F. SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, in *UCLA Law Review*, vol. 29, 1982, 797-832, 828.

⁵¹ Sulla necessaria divisione del lavoro tra corti e legislatore nella gestione dei diritti fondamentali, v. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1986, 55-263; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1643-1668; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 141-151; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 54-66.

ranno pressoché necessariamente al legislatore, mentre altri richiederebbero inevitabilmente il ricorso al potere giudiziario⁵². Gli aspetti della gestione dei diritti demandati al potere legislativo potranno essere, ad esempio, i profili “positivi” dei diritti⁵³, che richiedono un intervento attivo da parte dei poteri pubblici, la destinazione di apposite risorse, l’istituzione *ex novo* di apparati burocratici, ecc. Gli aspetti che ricadono sul giudiziario potrebbero invece includere: la verifica di violazioni di diritti tra soggetti privati; il controllo che le scelte legislative in materia di diritti siano “ragionevoli”, che non comportino restrizioni eccessive e non necessarie sul contenuto e sulla titolarità dei diritti; ed eventualmente anche (specialmente nel caso delle corti costituzionali) un ruolo di legislazione interstiziale, correttiva, come quella che viene effettuata tramite le sentenze “manipolative”. Nello Stato costituzionale contemporaneo, dunque, la gestione dei diritti fondamentali è un affare condiviso tra giudici e legislatore. Di più: fa interamente parte della logica dello Stato costituzionale che il giudice non sia (più) bocca della legge, ma piuttosto un contro-potere rispetto al legislatore, in un rapporto di collaborazione ma anche, eventualmente, di reciproca tensione e limitazione⁵⁴.

In altre parole, nella gestione dei diritti sono parimenti necessari sia il momento “politico” della scelta sulla destinazione delle risorse, sulle modalità dell’organizzazione degli apparati di garanzia, dell’individuazione di ordini di priorità e meccanismi di contemperamento tra diritti che non possono essere tutti soddisfatti contemporaneamente; sia la sottrazione dei diritti, o del loro nucleo essenziale, alle mutevoli maggioranze, alle negoziazioni politiche di piccolo cabotaggio ecc. La disciplina specifica di un diritto fondamentale diventa allora un affare complesso, condiviso tra vari attori istituzionali che agiscono in parte in cooperazione e in parte in concorrenza e conflitto tra loro, e in cui nessuno ha veramente l’ultima parola. Il costituzionalismo contemporaneo segna così il passaggio da una “cultura dell’autorità” ad una “cultura della giustificazione”⁵⁵.

⁵² Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, cit., 257: «constitutional rights are devices for effecting a division of power between various branches of government [...] the effect is that the current extent of, say, the legal right of free expression is a combined result of both legislation and judicial action». Cfr. anche B. PASTORE, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, 144-152; M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, cit., 32; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 62-66; A. PINTORE, *Note intorno all’attuazione dei diritti*, cit.

⁵³ Su questa nozione, v. *supra*, nt. 10.

⁵⁴ Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. I, 1.2.4.

⁵⁵ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, cit.; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, cap. 6. Sul ruolo centrale, per il costituzionalismo contemporaneo, dell’esigenza che le decisioni pubbliche siano (adeguatamente) giustificate, v. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., 61.

In una cultura dell'autorità il legislatore è concepito come libero nei fini, se non addirittura onnipotente, e dunque non deve giustificare le proprie decisioni di fronte ad alcuna altra istanza (tale potere del legislatore potrebbe derivare dalle fonti più diverse, e la legittimazione democratica è solo una delle possibilità; in tal caso, il legislatore rende conto delle sue decisioni in un solo momento: quando si presenta al giudizio degli elettori). Gli altri operatori giuridici sono tenuti ad applicare nel modo più fedele possibile le determinazioni legislative (la loro fedeltà è assicurata tramite il richiamo al rispetto della lettera della legge e dell'intenzione del legislatore); non è concepibile che le decisioni legislative vengano rimesse in discussione in una sede diversa da quella legislativa medesima⁵⁶.

In una cultura della giustificazione, di contro, il legislatore è tenuto a sua volta a rispettare un insieme di norme di rango superiore – la costituzione – e può essere chiamato in varie sedi (tipicamente davanti a una corte costituzionale, ma anche davanti a una corte sovranazionale) a rispondere del modo in cui le sue determinazioni si pongono rispetto a quell'insieme di norme gerarchicamente superiori. In questo contesto, il cittadino ha diritto di chiedere ad una istanza “terza” (terza rispetto alle sedi puramente politiche, alle istituzioni “di governo”) che le decisioni legislative siano assoggettate a scrutinio alla luce dei diritti conferiti dalla costituzione, così come i vari operatori giuridici hanno il diritto (o a seconda dei casi il dovere) di interpretare, di rimodellare le decisioni legislative in modo da renderle coerenti con i principi costituzionali, indipendentemente da, o anche contro le, intenzioni del legislatore. E, quando il legislatore è chiamato a rispondere davanti ad una istanza “terza”, non può normalmente appellarsi solo alla propria autorità o alla forza dei numeri: deve invece avanzare argomenti coerenti con il quadro dei principi costituzionali, deve mostrare che ha tenuto adeguatamente in considerazione tutti i diritti e gli interessi coinvolti⁵⁷.

⁵⁶ Nel complesso, la cultura dell'autorità è ben rappresentata dal paradigma dello Stato legislativo ottocentesco: cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, Giappichelli, 1996, parte II; per una sintetica descrizione di questo modello nella cultura giuridica italiana, e del suo progressivo superamento, M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in IDEM (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 3-40.

⁵⁷ Fortemente anticipatrici risultano a questo proposito le parole di Carlo Lavagna: «analizzare e penetrare il giudizio di ragionevolezza serve [...] ad illuminare la funzione dei giudici, che deve restare condizionata non solo dalle prescrizioni, spesso affrettate e disordinate, ma anche e soprattutto dalla logica, dalla sensibilità, dalla responsabilità. [...] Il che, mi pare, conduce a risultati molto più consoni alle esigenze di una moderna società democratica in cui la vera sovranità deve attribuirsi alla persuasione, rinunciando a facili dommatismi e a comodi principi di autorità» (C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in IDEM, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, 637-656, 655, corsivi aggiunti).

Nel costituzionalismo contemporaneo, dunque, diverse autorità concorrono, talvolta in maniera cooperativa e talvolta in maniera conflittuale, alla definizione e alla tutela dei diritti fondamentali. All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone così un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio, dalla tensione e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola.

Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni⁵⁸.

Abstract

“Rights constitutionalism” (or, as it is sometimes called, “new constitutionalism”) is a kind of legal and political culture that has now a global spread: it affects the way in which legal systems are designed around the world, and it shapes the legal reasoning of courts and jurists. The “rights constitutionalism” model is quite rich and complex, but ultimately it boils down to the idea that fundamental rights (primarily, but not exclusively, and not even necessarily, the rights enshrined in a constitution) are properly legal rights – i.e., rights that are supposed to be applied and implemented also by courts. As a consequence, I argue that in order to properly assess the many and varied criticisms that the “rights constitutionalism” model has attracted, it is necessary to gain a clear understanding of what a fundamental right is, and how a legal reasoning involving fundamental rights is supposed to work. The essay tries, thus, to provide a sample of the way in which a clear theoretical understanding of the structure of rights may pave the way to rebut many recurring criticism to rights constitutionalism, and to the ‘age of rights’ more generally.

⁵⁸ Sull'idea che lo Stato costituzionale rifiuta la logica del primato, della *suprema potestas*, dell'ultima parola, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213; cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 78-80; M.R. FERRARESE, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 63-89, spec. 77-82; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., 161 s.; M. FIORAVANTI, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, cit., 1092 s.; M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, il Mulino, 2016, 169-189, 187.

ALJS VIGNUDELLI, *Editoriale*

Saggi

- ROBERT ALEXY, *Dignità umana e proporzionalità*
PAOLO CARETTI, *A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria*
GIORGIO PINO, *In difesa del costituzionalismo dei diritti*
ANNAMARIA POGGI, *La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti*
MARCÒ RUOTOLO, *La "terza missione" dell'Università*
ROLANDO TARCHI, *Dal centralismo napoleonico al regionalismo/federalismo in "salsa italiana". La questione irrisolta della forma territoriale dello Stato. Parte prima: dall'unità di Italia alla Costituzione del 1948*
ANDREAS VOßKUHLE, THOMAS WISCHMEYER, *Il giurista nel contesto*

Materiali

- HANS KELSEN, *Préface à Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*
RICCARDO GUASTINI, *Ross sullo Stato*
ALF ROSS, *Sui concetti di "Stato" e di "organi dello Stato" nel diritto costituzionale*
SILVIA ZORZETTO, *Libertà e analisi del linguaggio. Dall'epistolario di Uberto Scarpelli*
FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Stato, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Pierangelo Schiera (Roncosambaccio, 4 giugno 2018)*

Interventi, Note e Discussioni

- MARIO ENRICO ROSSI BARATTINI, *"Rosatellum bis": prima applicazione dell'ennesima legge elettorale della Seconda Repubblica*
MARIO BERTOLISSI, *Stato, riforme e miraggi*
FRANCESCO BILANCIA, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*
ENZO CHELI, *Il difficile percorso del riformismo costituzionale italiano*
GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo*
GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Le Bureau parlementaire du budget dans l'expérience italienne*
TOMMASO F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*
FABIO MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*
VALERIA PIERGIGLI, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il mito di Sisifo*
MAURO VOLPI, *Sistema elettorale e forma di governo parlamentare: come fuoriuscire dall'ideologia maggioritaria*

Maestri del Novecento

- ANTONIO BALDASSARRE, *Costantino Mortati e la teoria della costituzione materiale*
SERGIO BARTOLE, ROBERTO BIN, *Veio Crisafulli*

Nel cortile del banano

Recensioni

- PIERLUIGI CHIASSONI, *Lo scetticismo immaginario dei postpositivisti*
MARIO JORI, *Francesco Cavalla: L'origine e il diritto*
ANTONIO RUGGERI, *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*
GIULIANO VOSA, *Il multiforme statuto dei moti insurrezionali, o del lento sgretolarsi delle categorie giuridiche del diritto degli Stati*

Schede bibliografiche