

Alessandra Di Martino

LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Snodi storici principali – 3. Le dimensioni dei diritti nello stato costituzionale. Alcune esperienze a confronto. – 3.1. L’esperienza tedesca. – 3.2. L’esperienza statunitense: un contrappunto – 3.3. L’esperienza italiana. – 3.4. Gli ordinamenti europei: alcune questioni significative. – 4. Osservazioni conclusive: dimensioni dei diritti fondamentali e doveri costituzionali.

1. Introduzione

La prospettiva delle “dimensioni” dei diritti fondamentali non sembra aver goduto, presso la dottrina italiana, di grande attenzione, essendo stato piuttosto preferito, per inquadrare il tema della tutela dei diritti, il punto di vista delle “generazioni”, che vede nell’approvazione di carte e cataloghi dei diritti la risposta a lotte storicamente determinate¹. A ben vedere, tuttavia, riferimenti più o meno diretti all’aspetto dimensionale non sono mancati, sia nell’ambito di una rielaborazione del rapporto tra libertà negativa e libertà positiva, sia con riferimento alla struttura dei diritti e alle relative garanzie, sia, più in generale, osservando i diritti fondamentali come valori e principi costituzionali. In una luce siffatta, il discorso sulle dimensioni dei diritti appare non incompatibile ma complementare a quello sulle generazioni².

Nel corso di questa relazione, farò riferimento a una duplice dimensione dei diritti, quella individuale e quella istituzionale o ordinamentale. La prima attiene anzitutto al profilo soggettivo e difensivo, tipico della tradizione liberale, ma riguarda anche la libertà positiva come autonomia. Questa, peraltro, può richiedere per la propria realizzazione misure attive da parte dei poteri pubblici, e quindi si proietta sulla dimensione istituzionale. La seconda contiene una serie di profili, i quali presentano come tratti comuni il presupposto del radicamento sociale dei diritti, il legame con la

* Questo contributo costituisce la versione integrale, rivista e aggiornata, della relazione presentata al convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa, tenutosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016. Una versione ridotta è in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

¹ V., per tutti, N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, VII ss., pt. I. Da una diversa angolatura T.H. MARSHALL, *Citizenship and the Social Class*, in Id., *Citizenship and Social Class and Other Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, 10 ss.

² P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 3 ss.

funzione di integrazione e l'impulso, indirizzato dalla costituzione agli organi statali, teso ad assicurare la più ampia effettività e la promozione dei diritti stessi.

Se la questione delle dimensioni dei diritti fondamentali interseca quella delle garanzie, e chiama in causa il ruolo del giudice e quello del legislatore, ai fini di protezione e conformazione, essa non può non toccare anche i problemi dell'interpretazione costituzionale e degli equilibri tra parlamenti e corti costituzionali, problemi che, a loro volta, si ricollegano a determinate teorie dei diritti fondamentali e della costituzione.

Nei paragrafi che seguono, cercherò dapprima di delineare lo sviluppo storico delle dimensioni dei diritti fondamentali, scegliendo come punto di partenza l'avvento della modernità e soffermandomi sull'epoca rivoluzionaria e sull'età liberale. Dopo aver individuato i tratti essenziali dell'esperienza weimariana, che ha rappresentato un prezioso laboratorio in questa materia, mi occuperò, in una prospettiva comparativa, di alcune esperienze contemporanee, cercando di portare alla luce le rispettive culture costituzionali³. In particolare, metterò a fuoco l'esperienza tedesca, dalla quale è pervenuta la letteratura più copiosa sull'argomento, quella statunitense, che appare a prima vista la più distante dall'approccio dimensionale, quella italiana, che ha sviluppato una dinamica originale rispetto al modello tedesco, e quella degli ordinamenti europei che, collocandosi nell'orizzonte sovranazionale, presentano dinamiche peculiari. Proverò, infine, a trarre alcune conclusioni in ordine al rapporto tra le singole dimensioni dei diritti, e tra queste e i doveri costituzionali.

2. Snodi storici principali

La prospettiva della multidimensionalità dei diritti fondamentali è stata esplorata soprattutto nel contesto delle costituzioni pluralistiche contemporanee. Il significato ordinamentale dei diritti, però, non era sconosciuto prima del Novecento, essendo presente fin dall'epoca rivoluzionaria⁴.

Se la prevalenza della dimensione negativa e difensiva dei diritti, come *Abwehrrechte*, ha contrassegnato lo stato liberale, le sue radici sono più risalenti, e

³ Sulle culture costituzionali come chiave del percorso comparativo cfr., con specifico riferimento ai diritti fondamentali, P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode* (1989), in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 31 ss. Più in generale, sul significato della cultura giuridica e costituzionale nel metodo comparativo, v. ID, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, 33 ss.; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 51 ss., 199 ss.; G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Law*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 173 ss.; D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997; R. COTTERRELL, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 709 ss.; G. WATT, *Comparison as Deep Appreciation*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, Elgar, 2012, 82 ss.

⁴ Seguo soprattutto la ricostruzione sviluppata da RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 35 ss., 57 ss. Ma v. altresì M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2014; P. COSTA, *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, 365 ss.; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978), a cura di G. Gozzi, Roma Bari, Laterza, 2001; G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di V. Ferrari, Milano, Giuffrè, 1993, 95 ss., 127 ss.; BOBBIO, *L'età*, cit.

possono essere individuate nella concezione hobbesiana della libertà, che rappresenta una delle cifre peculiari della modernità. Per Thomas Hobbes, la libertà è riferita al singolo individuo che, nello stato di natura, viene considerato nella propria indipendenza, emancipato dai legami dell'ordine cetuale o corporativo, ed è intesa come libertà di movimento e di azione, priva di impedimenti o di opposizioni esterne. In questo senso, la *liberty* (o *freedom*) è sinonimo di *right* (o *ius*) ed è contrapposta alla *law* (o *lex*), il diritto delle istituzioni assistito dal monopolio della forza⁵. Com'è noto, la libertà hobbesiana nello stato di natura è caratterizzata da una condizione di insicurezza e di guerra permanente, per porre rimedio alla quale è necessario istituire, attraverso il contratto sociale, lo stato civile. Una volta creato, al fine di garantire l'autoconservazione, quest'ultimo è tuttavia alternativo alla libertà.

Diversamente, nella ricostruzione di John Locke, ordine e libertà sono conciliabili e compresenti già nello stato di natura, in cui la libertà di ciascuno coesiste con quella altrui grazie a limiti già presenti nel diritto naturale. Ordine e libertà si ricreano, con un grado maggiore di stabilità, nell'ordinamento civile. Quest'ultimo ha il compito di proteggere la condizione di libertà originaria, espressa con la formula riassuntiva di *property* (comprensiva di *life, liberty* ed *estate*) e intesa come proprietà dell'uomo sulla propria persona. La libertà non si azzera dinanzi allo stato, e anzi è tale da imporre limiti a quest'ultimo⁶. Questo passaggio è particolarmente significativo, sia perché l'enfasi sulla proprietà caratterizza lo stato liberale e le sue contraddizioni, sia perché l'influenza esercitata dal pensiero lockiano sulle rivoluzioni – soprattutto quella americana –, suggerisce che la dimensione individuale e quella istituzionale sono state connesse tra loro fin dalle origini del costituzionalismo moderno, rappresentando gli elementi strutturali del nuovo ordine costituzionale⁷.

Non meno rilevante del filone giusnaturalistico e contrattualistico è stata, in Inghilterra, la tradizione giuridica di *common law*, intesa come l'espressione di una

⁵ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), a cura di R.E. Flathman, D. Johnston, New York, Norton & Company, 1997, cap. 13-14, 21. Su Hobbes come iniziatore del paradigma individualistico moderno della libertà v. H. HOFFMANN, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2000, 126 ss., 149 ss.; M. VILLEY, *Le droit de l'individu chez Hobbes*, in R. Koselleck, R. Schnur (hg.), *Hobbes-Forschungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, 173 ss. V. altresì C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Clarendon Press, 1962, che concentra l'attenzione sulla questione dell'individualismo possessivo. Sul legame tra la concezione della libertà in Hobbes e il diritto di difesa v. R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, Mohr, 2003, 16-18; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 83-85. Il significato di *ius* come diritto soggettivo, nell'opera hobbesiana, va quindi inquadrato nel contesto culturale dell'età moderna. Nel mondo classico, il significato dei concetti di *ius* e *libertas* assume tratti più democratico-istituzionali e comunitari: cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vv. I e II (1969), Torino, Einaudi, 2001, rispettivamente 247 ss. e 367 ss., nonché C. MEIER, *Freiheit. Antike Grundlagen*, in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. II, Klett-Cotta, Stuttgart, 1975, 426 ss.; J. BLEICKEN, *Freiheit. Römische Libertas*, ivi, 430 ss.

⁶ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1689), tr. it. di A. Gialluca, intr. di T. Magri, Milano, BUR, 2002, par. 4, 26 ss., 87 ss., 95 ss.

⁷ Sulla concezione proprietaria di Locke mi limito a richiamare la lettura marxiana di MACPHERSON, *The Political Theory*, cit., 194 ss., 203 ss. e quella mercantilistica, prospettata tra gli altri da S. BUCKLE, *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*, Oxford, Clarendon, 1991, 156, 178 ss. e J. TULLY, *A Discourse on Property. John Locke and his Adversaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, 147 ss., 169 ss. Sul nesso tra diritti e ordine costituzionale insiste COSTA, *Diritti fondamentali*, cit., 366, 373 ss.

ragione artificiale radicata nella storia la quale, attraverso la giurisprudenza delle corti, ha elaborato una serie di diritti opponibili al sovrano. Tale tradizione, precedente rispetto a quella avviata da Hobbes, avrebbe continuato a scorrere parallelamente ad essa e a contraddistinguere, attraverso il principio del *rule of law*, l'esperienza costituzionale di oltre Manica. In particolare, nel contesto rivoluzionario, caratterizzato dal conflitto tra il sovrano, da un lato, le corti e il Parlamento, dall'altro, il *common law* è assunto al ruolo di costituzione non scritta, capace di apporre limiti agli arbitri del re in nome delle libertà storiche degli inglesi. Non si trattava, però, di libertà plasmate intorno alla soggettività individuale, ma, piuttosto, dell'emanazione di un ordine oggettivo dalla durata immemorabile⁸.

La dimensione propriamente individuale dei diritti si è perfezionata nelle altre due rivoluzioni, quella americana e quella francese, e nelle carte che ne hanno suggellato gli esiti. In tali documenti, essa è stata accompagnata dalla consapevolezza del ruolo dei diritti nella fondazione dell'ordine politico. Già nella *Declaration of Rights* della Virginia, del 1776, questi venivano designati come *basis and foundation of government*. Osservazioni analoghe possono farsi, anche alla luce dell'influenza esercitata dalla rivoluzione americana su quella francese, per la *Déclaration* del 1789⁹. È particolarmente significativa, per le esperienze rivoluzionarie, la convergenza tra la concezione antagonista dei diritti rispetto allo stato – con la relativa funzione garantistica – e la fondazione dell'ordine costituzionale da un «punto di vista esterno» al diritto e alle istituzioni¹⁰.

Laddove, dunque, si voglia mettere in risalto, nell'ambito della dimensione istituzionale, il significato fondativo dei diritti, può affermarsi che esso non è stato estraneo all'epoca rivoluzionaria. Ciò non appare in contrasto con la tesi di chi ha evidenziato una differenza tra l'esperienza inglese e quella francese, ponendo quella americana in una posizione intermedia fra le altre due. Secondo tale tesi, in Inghilterra e in Francia sarebbero prevalse rispettivamente una concezione negativa e una positiva della libertà. In particolare, il primato della libertà negativa in Inghilterra sarebbe riconducibile al modello storico di protezione dei diritti e al ruolo decisivo dei giudici nell'assicurarla, quello della libertà positiva in Francia sarebbe dipeso dalla centralità del potere costituente che, rappresentando l'insieme dei cittadini politicamente e permanentemente attivi, avrebbe esaltato – pur con la cospicua presenza delle libertà civili nella *Déclaration* – i diritti di partecipazione politica. Ciò avrebbe rimarcato al contempo il valore progettuale della costituzione, capace di indirizzare l'azione dei poteri pubblici verso il raggiungimento di fini di trasformazione sociale. Il superamento dell'ordine feudale e cettuale, insieme alla piena realizzazione del principio di eguaglianza, richiedeva invero un comportamento attivo da parte dello stato, attraverso

⁸ Ivi, 373-374. V. altresì N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Utet, Torino, 1988, 61 ss. La diversità di approccio alle libertà tra Edward Coke e Thomas Hobbes, il primo esponente della tradizione giurisprudenziale di *common law*, il secondo iniziatore del giuspositivismo moderno, è sintetizzata in T. HOBBS, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England* (1681), a cura di A. Cromartie, Oxford, Clarendon, 2005.

⁹ Cfr. L. HUNT, *Inventing Human Rights. A History*, New York, Norton & Company, 2007, 15 ss.

¹⁰ Sul legame tra contrattualismo, garantismo e origini del costituzionalismo, nonché sul «punto di vista esterno» v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma Bari, Laterza, 2001, 21-22, 149 e, più ampiamente, ID., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma Bari, Laterza, 2011, 210 ss., 924 ss., 947 ss. V. altresì MATTEUCCI, *Organizzazione*, cit., 3 e RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 71-72; ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, 2-6.

l'abrogazione di norme vecchie e la creazione di norme nuove, al fine di affrancare le persone e i fondi dai vincoli personali e reali, e di creare una rete di sostegno per l'uniformazione degli *status* e il libero esercizio della proprietà e della libertà contrattuale¹¹. Quanto all'esperienza americana, per un verso è sembrata prevalere la dimensione individuale e limitativa dei diritti, garantita dal potere giudiziario in un sistema di *checks and balances* e dalla costituzione rigida. Per l'altro, la stessa concezione di quest'ultima come *higher law*, insieme all'influenza del repubblicanesimo, hanno escluso un rilievo solamente negativo delle libertà¹². La compatibilità di questa ricostruzione con la tesi precedente discende dal significato non del tutto sovrapponibile in cui viene intesa la dimensione istituzionale, insistendosi, in un caso, sul carattere fondativo dei diritti e, nell'altro, su quello progettuale.

Da quanto si è appena detto, emerge il nesso tra le dimensioni dei diritti e le relative garanzie e, segnatamente, un legame più stretto tra la dimensione negativa-difensiva e l'azionabilità davanti ad un giudice, da un lato, e tra la dimensione istituzionale-progettuale e l'attività del legislatore, dall'altro, con una preminenza della prima coppia nei paesi anglosassoni e della seconda in quelli europeo-continentali.

La storia dello stato liberale mostra dapprima un'enfasi sulla dimensione individuale e difensiva sostenuta, a livello teorico, dalla derivazione del diritto soggettivo e dalle dottrine giusnaturalistiche¹³. Nel corso del XIX secolo, però, si è assistito, soprattutto negli stati europei, a un incremento del coinvolgimento del legislatore ai fini della protezione delle libertà. Già la concezione kantiana del rapporto tra libertà e legge, in cui la prima, connessa al principio di dignità, è concepita come un dovere morale all'autonomia e la seconda come forma universale esterna del reciproco accordo tra gli arbitri privati¹⁴, contiene elementi ambivalenti. In ogni caso, questo sviluppo ha comportato un contestuale affievolimento del potenziale antagonistico dei diritti, e un assorbimento di questi ultimi nell'ordinamento statale complessivo, attraverso la progressiva attrazione nell'orbita del principio di legalità.

Una tale evoluzione è avvenuta in modi diversi nei singoli ordinamenti. In Francia si è stabilizzata una corrispondenza dei diritti con le garanzie della legge generale e astratta, approvata dall'organo rappresentativo del popolo, e cioè – nello stato monoclasse – della borghesia. Ciò ha rivelato, altresì, come nello stato liberale la libertà negativa, intesa come il pacifico godimento dell'indipendenza privata, e la libertà

¹¹ Questa, in sintesi, la tesi di FIORAVANTI, *Appunti*, cit., 20 ss., 53 ss., ripresa da P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2011, 3 ss. Sulla dimensione istituzionale-promozionale delle costituzioni rivoluzionarie, soprattutto in Francia e nella Germania del *Vormärz* v. rispettivamente D. GRIMM, *Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft* (1988), in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991, 70-74, 92 ss.; ID., *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung*, in G. Birtsch (hg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, 359 ss.; R. WAHL, *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts* (1979), in Id., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2003, 341 ss. V. altresì S. ROSSI, *Contenuti e metodi dei diritti fondamentali in Germania*, Roma, Aracne, 2012, 99 ss.

¹² V. *infra*, par. 3.2.

¹³ Sulle origini giusnaturalistiche dei diritti soggettivi, e in particolare dei diritti della persona, v. A. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*. Human Rights e Grundrechte, Milano, Giuffrè, 2002, 9 ss., 29 ss.

¹⁴ Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1798), tr. it. a cura di G. Vidari, Roma Bari, Laterza, 2004, §§ B-C, pt. I.II, 44, pt. II.I, §§ 3, 13 ss.

positiva, intesa come libertà politica, non fossero del tutto slegate, nella misura in cui la seconda, assicurando la partecipazione politica, era ritenuta una garanzia della prima, oltre che una forma irrinunciabile di perfezionamento dell'essere umano¹⁵.

In Germania, l'impronta statualista è stata più marcata, in ragione della specifica storia costituzionale. A questo proposito, due fattori sono apparsi decisivi: per un verso, la presenza particolarmente duratura dell'*Obrigkeitsstaat* tardo-assolutistico, così come il dualismo e la tensione tra principio monarchico e principio parlamentare; per l'altro, l'elaborazione, dopo il raggiungimento dell'unità nazionale nel 1871 e in piena sintonia con i nuovi equilibri sociali e politico-costituzionali, di una dottrina del diritto pubblico incentrata sullo stato e sui rapporti di volontà dei suoi organi, che ha immesso – e per certi versi imbrigliato – i motivi del liberalismo nelle maglie dell'ordinamento giuridico statale. Si tratta, peraltro, di una dottrina che è stata capace di una moderata evoluzione nel corso del tempo¹⁶. Occorre ricordare, anzitutto, la concezione di Carl Friedrich Gerber dei diritti riflessi, i quali esprimono bensì l'esigenza di una posizione tutelata del singolo, raffigurando il «lato della persona libero» rispetto alla volontà statale, ma non mettono in dubbio la supremazia dello stato e il carattere generale della situazione di sottomissione dei sudditi. Un approccio siffatto è stato ribadito anche da Paul Laband che, definendo la relazione degli individui rispetto agli stati membri e al *Reich*, ha sottolineato anzitutto il rapporto di sudditanza, implicante doveri di obbedienza e fedeltà degli individui, mentre solo in seconda battuta ha rilevato la presenza di vincoli negativi in capo al potere statale, vincoli che però erano insuscettibili, in assenza di un oggetto specifico, di assurgere alla natura di diritti soggettivi¹⁷.

La teoria più avanzata è quella di Georg Jellinek, che ha cercato più consapevolmente di far attecchire sul corpo dello *Staatsrecht* gli elementi del liberalismo. Egli ha rinvenuto, in capo ai singoli, diritti pubblici soggettivi, ossia specifiche pretese giuridiche, a partire dalla condizione in cui gli individui si trovano rispetto al potere statale. Ha così notoriamente distinto quattro *status* (*passivus*, *negativus*, *positivus* e *activus*), laddove il primo esprime la soggezione rispetto al potere statale, il secondo la sfera di libertà da interferenze esterne, il terzo il fascio di pretese relative a prestazioni pubbliche, il quarto la partecipazione alla formazione della volontà statale. In una cornice siffatta, se lo *status passivus* tende a riprodurre i rapporti dell'*Obrigkeitsstaat*, lo *status negativus* rispecchia l'influenza degli ideali liberali, lo *status positivus* rivela la consapevolezza della crescita dei compiti pubblici, e infine lo

¹⁵ Cfr. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (1819), a cura di G. Paoletti, Torino, Einaudi, 2001, spec. 15, 26 ss. Sul punto v. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 72 ss., ed ivi anche il riferimento a John Stuart Mill, per la reciproca implicazione tra l'opera sulla libertà individuale (J.S. MILL, *Sulla libertà* (1859), tr. it. a cura di G. Mollica, Milano, Bompiani, 2000) e quella sul governo rappresentativo (ID., *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), tr. it. a cura di M. Prospero, Roma, Editori riuniti, 1997). Sulla funzione della legge nell'ordinamento francese cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, tr. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁶ Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, v. II (1800-1914), München, Beck, 1992, 322 ss.; W. PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen, Mohr, 1993; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, 1 ss.

¹⁷ Cfr. rispettivamente C.F. GERBER, *Diritti pubblici (Über öffentliche Rechte)*, 1852, tr. it. di G. Ferri, Roma, Athenaeum, 1936, 57 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, v. I, Tübingen, Laupp, 1876, 137 ss., 148 ss.

status activus esprime il coinvolgimento dell'individuo nell'azione dello stato¹⁸. La ricostruzione jellinekiana presenta bensì una complessità maggiore rispetto a quelle di Gerber e Laband, ponendosi come un superamento della teoria dei diritti riflessi, ma essa non si emancipa completamente dalle altre due, sia perché lo *status passivus* continua a costituire «la base di ogni attività statale», sia perché le garanzie che presidiano lo *status negativus* sono costituite dal principio di legalità e dalla giustiziabilità dei soli atti amministrativi – mentre il legislatore può tutt'al più decidere di autovincolarsi –, sia infine perché le pretese risultanti dallo *status positivus* e da quello *activus* sono meritevoli di protezione solo nella misura in cui l'interesse individuale converge con l'interesse generale (nello *status activus*, ciò implica che il corpo elettorale sia inteso come un organo statale). Anche per Jellinek, dunque, la dimensione istituzionale finisce col prevalere su quella individuale. Essa, però, rimanda non tanto al significato fondativo dei diritti, e nemmeno a quello progettuale o promozionale, bensì a quello ordinamentale, laddove l'ordinamento giuridico appare, da ultimo, condizionato dalla volontà dello stato e dalla sua insindacabile scelta di autolimitarsi¹⁹.

È chiaro, dunque, da quanto sommariamente detto, che la dimensione difensiva dei diritti non ha rivestito un carattere esclusivo nemmeno prima del XX secolo, essendo stata invece affiancata dalla dimensione istituzionale. Il significato di questa è apparso però eterogeneo. Di ciò dovrà tenersi conto anche a proposito delle costituzioni contemporanee, dove il ventaglio dei profili istituzionali si amplia notevolmente, mentre la connotazione più strettamente statualistica subisce un netto ridimensionamento, a vantaggio di una concezione sistemica dei diritti inquadrati nell'ambito di complesse tavole di valori che riflettono il pluralismo sociale.

Un passaggio fondamentale che, dall'esperienza dello stato liberale conduce a quella dello stato costituzionale contemporaneo, è rappresentato dalla costituzione di Weimar (WRV) e dal dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno ad essa. La seconda parte della WRV contiene un lungo catalogo di «diritti e doveri fondamentali» (tra cui un ampio ventaglio di diritti sociali), in cui si riflette l'iniziale apertura della costituzione alla società e ai relativi conflitti, apertura che implica un progressivo spostamento del fondamento della costituzione verso le dinamiche pluralistiche della società. Negli anni immediatamente successivi all'approvazione della WRV, i costituzionalisti si erano chiesti se i *Grundrechte* fossero meri programmi (dando a questo termine un'accezione riduttiva), se fossero ancora assorbiti nella riserva di legge e coincidessero con il principio di legalità dell'amministrazione (come nello stato liberale), o se fossero invece capaci di sviluppare una portata normativa pure nei confronti del legislatore²⁰.

¹⁸ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, tr. it. con prefazione di V.O. Orlando, Milano, Soc. ed. libraria, 1912, 46 ss., 77 ss., 92 ss.

¹⁹ Ivi, 96, 105 ss. Sulla dottrina jellinekiana degli *status* cfr., da ultimo, W. BRUGGER, *Georg Jellineks Statuslehre: national und international*, in *AöR* 2011, 1 ss. Per una valutazione complessiva della parabola tedesca dei diritti pubblici soggettivi v. ancora RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 77 ss., 86 ss., ed altresì E. CASSETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. Dir.*, v. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 791 aa.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 313 ss. Sulla dipendenza di tali diritti (e di quelli della personalità) dalla sovranità statale, attraverso il riconoscimento della capacità giuridica cfr. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, cit., 109 ss.

²⁰ Per alcune osservazioni in merito al dibattito weimariano sui *Grundrechte* v. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., 31 ss.; W. WRASE, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, 76 ss.;

All'interno di un dibattito complesso merita soffermarsi, anche in ragione dello sviluppo delle relative scuole nella Germania del secondo dopoguerra, sulle posizioni di Carl Schmitt e di Rudolf Smend²¹. Benché entrambi siano stati fautori, nel *Methodenstreit* weimariano, di un approccio critico rispetto al positivismo formalistico, essi hanno percorso due itinerari distinti: l'uno rivolto allo studio delle costituzioni attraverso la contrapposizione tra tipi storici di stato e modelli giuridici, letti alla luce di griglie di incompatibilità reciproca e sullo sfondo della parabola discendente dello stato moderno; l'altro fautore di un'approccio *geistesgeschichtlich* (storico-spirituale) alla costituzione, intesa come l'insieme in divenire delle esperienze di vita dei suoi componenti, in un processo di compimento e perfezionamento continuo²². In entrambi, l'idea dei diritti fondamentali va inquadrata nella più ampia cornice della teoria costituzionale.

Per Schmitt, i diritti fondamentali rispecchiano l'idea della WRV come compromesso inautentico e dilatorio, in cui diverse concezioni della società e dello stato sono giustapposte in formule incerte, senza riuscire a fondersi in una decisione univoca capace di rappresentare il fondamento della vita di una comunità. Quanto alla delimitazione della categoria dei *Grundrechte*, Schmitt ritiene tali, non senza contraddizioni, solo i diritti di libertà tipici dello stato di diritto borghese, ossia i diritti di difesa, corrispondenti allo *status negativus* jellinekiano (la libertà personale, la libertà di pensiero e, finché rimangono nell'ambito della sfera sociale, le libertà associative). Soltanto questi diritti rispecchiano il principio, prettamente liberale, secondo cui la libertà si colloca in una sfera prestatuale ed è potenzialmente illimitata, a fronte di interferenze statali definite e controllabili; essi sono dunque assistiti da una presunzione di prevalenza rispetto a interventi statali limitativi²³. Ciò implica, per un verso, il netto depotenziamento dei diritti sociali (che Schmitt definisce polemicamente "socialisti") e, per l'altro, l'individuazione di un gruppo di diritti protetti dalle cd. garanzie di istituto o di istituzione, una categoria che si biforca a seconda che le posizioni interessate rientrino nell'ambito del diritto privato (proprietà, diritto successorio, matrimonio) o del diritto pubblico (autonomia amministrativa, università, impiego pubblico), pur operando esse in maniera simile. Tale forma di garanzia ha il fine di salvaguardare, in ambiti materiali che la costituzione ha aperto all'intervento del legislatore, un corpo di norme storicamente consolidato, in modo tale da preservare l'esistenza dell'istituto²⁴. L'interesse di Schmitt è focalizzato, in questo periodo, sulla proprietà: dinanzi agli

RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, cit., 55 ss.; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 89 ss. e, con particolare attenzione alla *Nationalversammlung*, W. PAULY, *Grundrechtslaboratorium Weimar*, Tübingen, Mohr, 2004.

²¹ Sul *Methodenstreit* v. almeno R. SMEND, *Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre und der Richtungsstreit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, 575 ss.; M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in *AöR* 1977, 161 ss.

²² Cfr. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2^a ed., Mohr, Tübingen, 2011, 58 ss., 100 ss., 136 ss. Sull'approccio *geistesgeschichtlich* v. K. RENNERT, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.

²³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), 9^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 125 ss., 164 ss.; ID., *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, 181 ss.

²⁴ ID., *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, ivi, 140 ss.; ma v. già M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Tübingen, Mohr, 1923, 1 ss. Per una più ampia ricostruzione cfr. U. MAGER, *Einrichtungsgarantien*, Tübingen, Mohr, 2003, 24 ss.

obiettivi di trasformazione dei rapporti economici e sociali, che includono le collettivizzazioni e la democrazia consiliare e hanno trovato un varco nelle clausole elastiche della costituzione, la concezione della proprietà come garanzia di istituto ha una funzione prevalentemente conservatrice. E, tuttavia, contemplando uno spazio di conformazione del diritto da parte del legislatore, una garanzia siffatta include la possibilità del mutamento e dischiude la strada a concezioni più dinamiche che saranno formulate nel secondo dopoguerra.

Quanto a Smend, il suo pensiero va ricordato soprattutto per aver concepito i diritti fondamentali come fattore materiale di integrazione. In tale ottica, i diritti sono considerati come un sistema culturale, o di valori, che contribuisce a fondare lo stato, agendo come catalizzatore del processo di unità politica. Se, per un verso, la via per accedere ad essi non è quella tecnica (o tecnicistica), ma quella scientifico-spirituale, per l'altro essi non possono essere risolti nel principio di legalità dell'amministrazione, ma si collocano chiaramente sul piano costituzionale ed esplicano un'efficacia interpretativa sul resto della legislazione statale²⁵. Molto diversa, rispetto a Schmitt, è la considerazione della dimensione negativa dei diritti: questa, per Smend, corrisponde all'immagine dell'uomo borghese (il *bourgeois*), che si rinchiude nel proprio individualismo ed egoismo, pretende di non essere disturbato dallo stato e mostra verso quest'ultimo un atteggiamento del tutto impolitico. Da privilegiare è invece una diversa immagine dell'uomo, quella del cittadino responsabile (*Bürger*), che partecipa alla vita statale ispirandosi a una profonda etica sociale, immagine di cui Smend rinviene una specifica e non disprezzabile tradizione nella storia costituzionale tedesca. In questa luce, anche la proprietà cambia significato: non è più il diritto paradigmatico del borghese, ma quello che assicura i presupposti materiali per una effettiva emancipazione politica. Sotto tale angolatura – riprendendo le categorie jellinekiane –, non è più lo *status negativus* né tantomeno quello *passivus* a divenire preminente, ma piuttosto lo *status activus*²⁶.

Sullo sfondo della riflessione dei due costituzionalisti restano altre questioni importanti: da un lato, la consapevolezza che – superato il dualismo tra il monarca e il parlamento – la garanzia dei *Grundrechte* non possa essere più affidata alla sola riserva di legge, e che, per non rinunciare alla tutela delle minoranze, la riserva debba a sua volta contenere un vincolo per il legislatore. Dall'altro, la non meno importante consapevolezza che la libertà degli uomini richiede, per la sua protezione effettiva nella realtà sociale, di essere «organizzata» attraverso l'azione e la pianificazione dei poteri statali²⁷. Anche a questo proposito, i semi gettati in epoca weimariana daranno i loro frutti nel secondo dopoguerra.

3. *Le dimensioni dei diritti nello stato costituzionale. Alcune esperienze a confronto*

²⁵ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2010, 164, 262 ss.

²⁶ ID., *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), ivi, 309 ss.

²⁷ Sul secondo profilo v. H. HELLER, *Staatslehre* (1934), 6ª ed. riv., Tübingen, Mohr, 1983, 308-309. Sul primo, tematizzato da Richard Thoma, v. i rilievi di POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., 37-38 e RIDOLA, *Stato e costituzione*, cit., 62-63.

La discussione weimariana preannuncia l'importanza crescente che la questione della multidimensionalità dei diritti assume nello stato costituzionale, multidimensionalità legata a una concezione più articolata della libertà nelle società complesse e nelle democrazie pluraliste. In questo senso, la dogmatica e la teoria dei diritti fondamentali sono andate di pari passo, anche se non sono mancati tentativi di mostrarne la reciproca indipendenza. Colpisce, peraltro, come il tema sia stato affrontato in modo non omogeneo dagli studiosi dei vari paesi: se, per un verso, i costituzionalisti tedeschi hanno dedicato ampia attenzione alla discussione delle dimensioni dei diritti fondamentali, tanto che alcuni hanno parlato di un *Sonderweg* tedesco in questa materia²⁸, l'argomento è sembrato assente dalla riflessione degli autori statunitensi, mentre è affiorato, con una frequenza limitata ma progressiva, nelle indagini degli studiosi italiani. Sia negli Stati Uniti che in Italia, comunque, la questione è riemersa muovendo da nodi problematici differenti ma correlati, come quello della distinzione tra libertà negativa e libertà positiva. Quest'ultima è stata tematizzata, a conclusione della seconda guerra mondiale, per ribadire il primato della libertà negativa come assenza di interferenza, rispetto all'idea della libertà positiva come autonomia e sviluppo della volontà senza coartazioni esterne. Una tale ricostruzione, tuttavia, risentiva del contesto storico di provenienza, e in particolare della preoccupazione di uno scivolamento verso nuove forme di totalitarismo²⁹.

La polivalenza del concetto di libertà, negli ultimi decenni, è stata ripensata a fondo. Se il significato di libertà negativa può cogliersi in maniera più immediata, quello di libertà positiva comprende accezioni diverse, che includono, accanto alla libertà politica, anche una libertà «reale» e «promozionale». Essa consegue alla presa d'atto di una disparità nell'esercizio dei diritti che dipende dalle condizioni economiche degli individui e dal loro radicamento sociale, ed esprime l'esigenza che i poteri pubblici siano indirizzati a far fronte a fondamentali esigenze dei cittadini (di sopravvivenza, ma anche di conservazione e miglioramento delle proprie condizioni). Gli studi sull'argomento hanno mostrato come le diverse declinazioni della libertà non stiano in contrapposizione tra loro ma diano luogo invece a una reciproca implicazione³⁰.

Spunti interessanti sono pervenuti dalla riflessione sulla struttura dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, ma la novità principale appare forse la considerazione dei diritti fondamentali come valori e principi costituzionali, i quali contribuiscono a legittimare la costituzione complessiva, svolgono una funzione di

²⁸ R. WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. I, Heidelberg, Müller, 2004, 754 ss. Diversamente T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, Tübingen, Mohr, 2007, 90 ss., 134 ss., 161 ss., 266 ss.; nel senso di quest'ultimo W. KAHL, *Grundrechte*, in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (hg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr, 2010, 835-836.

²⁹ Cfr. I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), Milano, Feltrinelli, 2000, 11 ss. V. altresì N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in A. Passerin d'Entrèves (a cura di), *La libertà politica*, Milano, Ed. di Comunità, 1974, 67 ss.

³⁰ Cfr., oltre agli autori che verranno richiamati nei paragrafi seguenti, PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 195 ss. ed ivi, 202 ss., sulla «libertà promozionale»; F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (1957), Bologna, il Mulino, 1973, 33 ss.; R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Roma Bari, Laterza, 1980 e, più recentemente e in un contesto diverso, A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Milano, Mondadori, 2000. Per una considerazione critica dell'uso dei termini libertà "negativa" e "positiva" v. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 288 ss.

integrazione, fondano compiti per i poteri pubblici, sviluppano i propri effetti nelle diverse branche dell'ordinamento e nei rapporti interprivati. L'esame comparativo intende illustrare come, per un verso, sia possibile individuare aspetti comuni alle esperienze di democrazia pluralista e, per l'altro, sussistano specificità nei singoli paesi, che dipendono sia dai contenuti delle singole costituzioni sia dalle diverse culture costituzionali.

3.1. L'esperienza tedesca

Nella dottrina costituzionalistica tedesca, il filone di studi sulle dimensioni dei *Grundrechte* è ormai cospicuo³¹. Benché le classificazioni non siano sempre coincidenti fra loro, l'assunto di fondo, condiviso da molti, riguarda l'impossibilità di esaurire il significato dei diritti fondamentali nella sola dimensione dell'*Abwehrrecht*, soggettiva e difensiva, e la necessità di dover considerare, accanto ad essa, una dimensione oggettiva e istituzionale. Quest'ultima, a sua volta, viene articolata in una pluralità di sotto-dimensioni, che vanno da quella dell'irradiamento e dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati (*Austrahlungswirkung* e *Drittwirkung*), a quella dei diritti di prestazione (*Leistungsrechte*), da quella delle misure procedimentali e organizzative (*Organisations- und Verfahrensrechte*), a quella degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), fino a quella democratico-partecipativa (*Teilnahmerechte*). A monte di tutte queste, sta la comprensione dei diritti fondamentali come valori costituzionali, che ha trovato la sua espressione più efficace nella sentenza Lüth del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) del 1958³².

La decisione è molto nota, anche fuori dalla Germania, e basterà qui un riferimento sintetico al suo contenuto. Il direttore dell'ufficio stampa del Senato di Amburgo aveva invocato il boicottaggio del film di un regista che, durante il nazionalsocialismo, aveva realizzato pellicole di propaganda nazista. Lüth era stato condannato dalle corti federali al risarcimento del danno, essendo stato considerato il suo comportamento contrario al buon costume (§ 826 BGB), ma il BVerfG aveva poi rovesciato la condanna, sostenendo che i giudici comuni avessero mancato di attribuire adeguato rilievo, nell'interpretazione della clausola generale di cui al § 826, ai diritti fondamentali, e in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero. Per cogliere appieno la portata

³¹ Per un panorama complessivo cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994; ID., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in *Der Staat* 1990, 49 ss.; H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1993; ID., *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*, in *Jura* 1994, 505 ss.; H.D. JARASS, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, Heidelberg, Müller, 2006, 625 ss.; ID., *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr, 2001, 35 ss.; WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 446 ss.; WRASE, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, cit., 311 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München, Beck, 1988, 477 ss., 620 ss., 754 ss.; C. CALLIESS, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in H. Pünder, C. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, 27 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sulle singole dimensioni dei diritti fondamentali rimando alle note successive.

³² BVerfGE, 7, 198, del 15 gennaio 1958. Per una ricostruzione storica della decisione e del relativo contesto v. T. HENNE, A. RIEDLINGER (hg.), *Das Lüth Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlin, BWV, 2005.

teorica della pronuncia, è utile riportare il passaggio in cui i giudici costituzionali hanno giustificato la costruzione espansiva della libertà di espressione, al di là della dimensione difensiva, fino a penetrare tutti i rami dell'ordinamento e i rapporti interprivati:

Senza dubbio, i diritti fondamentali sono volti in primo luogo a presidiare la sfera di libertà del singolo rispetto a interferenze del potere pubblico; sono dunque diritti di difesa (*Abwehrrechte*) del cittadino contro lo stato. [...] E, tuttavia, è parimenti importante che il *Grundgesetz*, che non intende essere un ordinamento neutrale rispetto ai valori (*wertneutral*) [...], nel suo titolo sui diritti fondamentali abbia istituito anche un ordinamento oggettivo di valori (*objektive Wertordnung*) e che proprio qui si esprima, in linea generale, un rafforzamento della forza di validità dei diritti fondamentali (*eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte*). [...] Tale sistema di valori (*Wertsystem*), che ha il suo centro nella persona umana, la quale si sviluppa liberamente all'interno della comunità sociale, e nella sua dignità, deve valere, in quanto decisione costituzionale fondamentale, per tutti gli ambiti del diritto; la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione ricevono da [siffatto sistema di valori] direttive e impulsi (*Richtlinien und Impulse*). Esso, quindi, influenza chiaramente anche il diritto civile; nessuna disposizione del diritto civile può essere in contraddizione con esso, ciascuna deve essere interpretata nel suo spirito³³.

Se la sentenza Lüth costituisce, ancora oggi, la pronuncia più rappresentativa del BVerfG, ciò è dovuto soprattutto al passaggio appena citato che, in poche righe, delinea le fondamenta di una teoria multidimensionale dei diritti, suscettibile di ulteriori sviluppi e approfondimenti³⁴. Nel caso specifico, il Tribunale ha affrontato la questione dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati, ma le sue affermazioni costituiscono anche la premessa dell'evoluzione giurisprudenziale relativa alle altre dimensioni oggettive. Prima di procedere a esaminare queste ultime, occorre soffermarsi sul contesto storico che ha fatto da sfondo alla pronuncia Lüth e sul pensiero che la ha influenzata.

L'interrogativo principale riguarda il ruolo che il riferimento ai *Grundrechte* come valori gioca nella motivazione del BVerfG. La ragione storica di tale riferimento sembra evidente: nei primi anni dopo la caduta del nazionalsocialismo si era diffusa, negli ambienti giuridici, un'assimilazione tra positivismo e relativismo, che aveva favorito la rinascita di correnti giusnaturalistiche. Ciò aveva stimolato l'ancoraggio del diritto a contenuti etici sostanziali. E, tuttavia, non deve concludersi affrettatamente per un'assimilazione tra il riferimento ai valori e l'adesione al giusnaturalismo. Se, invero, questo aveva trovato alcune sponde nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, il Tribunale costituzionale si è mostrato piuttosto restio a farne propri gli assunti, tra i quali, in particolare, il radicamento in una dimensione morale extragiuridica. Allo stesso modo, pur riflettendo la giurisprudenza del BVerfG un clima culturale in cui l'etica materiale dei valori di Max Scheler e Nicolai Hartmann aveva conseguito notevoli apprezzamenti, il Tribunale sembra aver voluto evitare l'incorporazione di alcune proposizioni centrali di tale filosofia, a cominciare dalla concezione dei valori come essenze ontologiche e fisse, conoscibili tramite l'intuizione, e la loro gerarchizzazione³⁵. Diversamente, il BVerfG ha insistito, da una parte, sulla natura non extragiuridica ma pienamente positiva dei valori costituzionali, che trovano uno specifico riconoscimento

³³ BVerfGE 7, 198, 204-205.

³⁴ Cfr. JARASS, *Grundrechte*, cit., 36. V. anche WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 748.

³⁵ DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit., 12 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, v. IV (1945-1990), München, Beck, 194 ss.

nel testo e nei principi della Legge fondamentale³⁶. Dall'altra parte, la sua giurisprudenza ha mostrato il carattere non gerarchico delle relazioni tra i valori, suscettibili di combinarsi reciprocamente nelle operazioni di ponderazione. Anche la dottrina ha ormai superato l'iniziale impostazione di Günter Dürig, che aveva strutturato il sistema dei *Grundrechte* in un assetto gerarchico avente come vertice il principio della dignità umana (*Menschenwürde*) di cui all'art. 1 comma 1 GG³⁷, e tende invece ad affermare, sulla scorta di una pluridecennale prassi del Tribunale, l'esistenza di un ordinamento potenzialmente fluido, ancorché compatto, e l'assenza di rapporti gerarchici definitivi tra i valori costituzionali. La *Menschenwürde* continua ad avere una portata sistemica, ma, al pari degli altri diritti costituzionali, è ora suscettibile di entrare nelle ponderazioni del BVerfG, essendosi ridimensionata una sua concezione assolutistica³⁸.

Più profonda sembra essere stata, sul BVerfG, l'influenza della teoria smendiana, sia per il nesso, da essa esplicitato, tra diritti fondamentali e integrazione costituzionale, sia per l'assenza di prospettive gerarchiche nella ricostruzione dei diritti fondamentali³⁹. È questo uno dei due poli che caratterizzano il complesso rapporto tra la costituzione di Weimar e quella di Bonn. Per un verso, infatti, la seconda si è posta in termini di contrapposizione nei confronti della prima, nella misura in cui i costituenti tedeschi hanno redatto un catalogo più breve – circoscritto ai diritti civili e politici – ma assistito da forti garanzie (vincolatività per tutti i poteri pubblici e azionabilità tramite ricorso diretto al BVerfG), nella convinzione che la proclamazione di diritti “meramente programmatici” (tali erano ritenuti da molti, durante la repubblica di Weimar, quelli sociali) sarebbe stata controproducente. Per l'altro, essa non ha potuto fare a meno di attingere alle elaborazioni teoriche di più ampio respiro degli autori weimariani, tipiche di un contesto in cui l'effettività dei diritti non era assicurata da una corte costituzionale ma richiedeva la loro interiorizzazione da parte della società⁴⁰. Tale legame genetico con questo filone del pensiero weimariano (e con Smend in particolare) è rimasto nella giurisprudenza del BVerfG benché, nei decenni successivi a Lüth e con l'intenzione di attenuare le critiche alla giurisprudenza sulla *Wertordnung*⁴¹, il riferimento esplicito al

³⁶ DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit., *passim*.

³⁷ Cfr. G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *AöR* 1955/1956, 117 ss.

³⁸ Il punto, sul quale si registrano talora alcuni equivoci in Italia, è ribadito, tra gli altri, da ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 138 ss. V. altresì DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit., 16-17; KAHL, *Grundrechte*, cit., n. 19 p. 828. Diversamente U. DI FABIO, *Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, Heidelberg, Müller, 2006, 1045 ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina concernenti la *Menschenwürde* v. RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 102 ss.

³⁹ DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit. In merito all'influenza, sulla giurisprudenza del BVerfG, della concezione smendiana dei *Grundrechte* v. altresì H. SCHULZE-FIELITZ, *Das Lüth Urteil – nach 50 Jahren*, in *Jura* 2008, 52 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit., 820, e le osservazioni dello stesso R. SMEND, *Das Bundesverfassungsgericht*, in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., 581 ss.; scettico invece W. HENNIS, *Integration durch Verfassung?*, in *JZ* 1999, 492. Nel complesso, la fruibilità nel contesto del *Grundgesetz* della teoria smendiana dell'integrazione ha richiesto un maggiore considerazione degli elementi normativi, organizzativi e strutturali della costituzione. Sul punto mi permetto di rinviare a A. DI MARTINO, *Konrad Hesse nella dottrina costituzionalistica tedesca*, Ead., G. Repetto (a cura di), *L'unità della costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 182 ss.

⁴⁰ Il doppio atteggiamento nei confronti dell'esperienza weimariana è sottolineato da B.O. BRYDE, *Programmatik und Normativität der Grundrechte*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. I, cit., 686 ss.

⁴¹ Su queste v. *infra*, nn. 67-69.

“sistema di valori” o all’“ordinamento di valori” si sia in parte attenuato, in favore di formule meno pregnanti, come quella degli “elementi dell’ordine oggettivo” della costituzione⁴².

Quanto detto sul catalogo dei diritti del *Grundgesetz* spiega una delle principali manifestazioni della dottrina delle dimensioni istituzionali, e cioè quella dei diritti di prestazione. Non essendovi nella Legge fondamentale disposizioni specifiche sui diritti sociali, salvo quella, avente la natura di una norma di scopo (*Staatszielbestimmung*), del principio dello stato sociale (art. 20 comma 1 GG), la protezione di tali diritti è passata, nella giurisprudenza del BVerfG, attraverso gli altri *Grundrechte*, dai quali è stata appunto estratta la dimensione dei diritti di prestazione⁴³. Di particolare importanza, a questo proposito, sono state le pronunce sul *numerus clausus* nelle università⁴⁴ e quelle sull’*Existenzminimum*⁴⁵: le prime hanno tratto, dal diritto a scegliere la propria professione e il luogo della formazione (art. 12 GG), interpretato alla luce dei principi di eguaglianza e dello stato sociale, un diritto all’ammissione alle università, nel rispetto del principio di parità delle *chances*; le seconde hanno elaborato, da una lettura congiunta del principio della dignità umana e di quello sullo stato sociale, un diritto individuale di prestazione al minimo esistenziale. Notevole interesse ha suscitato il più recente sviluppo giurisprudenziale di quest’ultimo: il BVerfG ha infatti riconosciuto un diritto «di garanzia» (*Gewährleistungsrecht*), avente ad oggetto le condizioni materiali minime per la propria esistenza fisica e per la partecipazione alla vita sociale, politica e culturale della comunità, ancorandolo ai principi della dignità umana e dello stato sociale. Si tratta di un diritto indisponibile nel suo fondamento, che però, ai fini della relativa concretizzazione, necessita dell’intervento conformativo del legislatore. Questi, dovendo tenere conto del livello delle risorse della comunità e delle condizioni di vita complessive, ha uno spazio di manovra, il quale è però assoggettato a vincoli procedurali e di trasparenza, incidenti sulla determinazione dell’ammontare delle somme prestate. Salvi i due ambiti appena richiamati, la dottrina ha continuato – ma sul punto tornerò in seguito – a inquadrare i diritti di prestazione tra le norme costituzionali di principio che fissano scopi e imprimono direttive, facendo leva sul dato testuale e sull’ampio margine conformativo del legislatore, anche alla luce della materiale dipendenza dei diritti in questione dalle risorse del bilancio statale, conformemente al *Vorbehalt des Möglichen*⁴⁶.

⁴² Significativo in proposito K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^a ed., Heidelberg, Müller, 1999, 127, 135. Su tale mutamento v. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit., 21 ss. Una valutazione in parte diversa in KAHL, *Grundrechte*, cit., 819-820; JARASS, *Funktionen und Dimensionen*, cit., 628-629; ID., *Die Grundrechte*, cit., 37.

⁴³ Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 395 ss., 454 ss.; RENSMANN, *Wertordnung*, cit., 177 ss.

⁴⁴ BVerfGE, 33, 303, del 18 luglio 1972; 43, 291, dell’8 febbraio 1977.

⁴⁵ BVerfGE, 125, 175, del 9 febbraio 2010 (*Hartz IV*); 132, 134, del 18 luglio 2012, ma v. già BVerfGE, 40, 121, del 18 giugno 1975. Sulla configurazione e sulle garanzie del *Gewährleistungsrecht* all’*Existenzminimum* v. T. MAYEN, *Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*, in M. Sachs, H. Siekmann (hg.), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Fs Stern*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, 1451 ss.

⁴⁶ D. MURSWIEK, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, Heidelberg, Müller, 1992, 262 ss. Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali sul principio dello stato sociale e sui diritti sociali cfr., in relazione a singole fasi della storia della Repubblica federale, J.P. THURN, *Welcher Sozialstaat?*, Tübingen, Mohr, 2013, 99 ss., 119 ss., 271 ss.

Non meno significativa è la dimensione procedurale e organizzativa, volta non già ad assorbire nel procedimento il contenuto materiale di protezione dei diritti fondamentali, ma a potenziarne l'effettività attraverso un obbligo dello stato di approntare istituzioni e procedimenti adeguati alla loro tutela, nell'idea che la più ampia partecipazione dell'individuo contribuisca all'assunzione di decisioni più giuste. Emblematica di tale dimensione è la pronuncia in cui il BVerfG ha interpretato la libertà della scienza e della ricerca (art. 5 comma 3 GG) nel senso di richiedere la predisposizione di organi universitari che assicurassero ai docenti un'adeguato coinvolgimento. Un altro settore significativo è quello della tutela dei dati personali: fin dalla sentenza con cui è stato elaborato il diritto all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), il BVerfG ha indicato l'istituzione di autorità indipendenti e i diritti di partecipazione ai procedimenti come elementi imprescindibili per assicurare la dimensione collettiva del controllo dei dati personali e quindi potenziare l'effettività della dimensione individuale del diritto⁴⁷. Ancora, particolare rilievo è stato riconosciuto alla disponibilità di infrastrutture tecniche e di misure organizzative e procedurali nell'ambito di alcune decisioni in materia radiotelevisiva, relative sia al settore pubblico che a quello privato⁴⁸. Il novero dei diritti rilevanti si è ancora ampliato nel corso degli anni. Se, peraltro, in una prima fase, il Tribunale ha affermato di poter trarre senza indugio, dal contenuto materiale di un diritto fondamentale, chiare implicazioni procedurali e organizzative, col tempo la dottrina ha messo in rilievo le ambivalenze dogmatiche di tale approccio. Mentre, infatti, uno *standard* di protezione elevato è assicurato dal ricorso alle tradizionali garanzie processuali e dal generale diritto di essere ascoltato, più incerti sono apparsi i presupposti costituzionali che richiedono la conformazione in termini positivi di determinati procedimenti⁴⁹.

Attenzione crescente, da un punto di vista sia teorico che dogmatico, è stata suscitata dall'ulteriore dimensione delle *Schutzpflichten* (obblighi di protezione). Esse hanno in comune con i diritti di prestazione l'oggetto, ossia l'ottenimento di un'azione positiva da parte dello stato. Al contempo, però, se ne discostano perché sono volti alla protezione di una sfera di libertà tipicamente liberale e non a un rafforzamento dell'eguaglianza e dei diritti sociali della persona⁵⁰. Alcuni autori ne hanno rinvenuto il fondamento costituzionale nel compito statale di garantire la sicurezza, assurta talora, recuperando una più risalente tradizione costituzionale, a vero e proprio diritto fondamentale. La domanda di sicurezza, alla quale fanno fronte gli obblighi di

⁴⁷ BVerfGE, 65, 1, del 15 dicembre 1983.

⁴⁸ V. rispettivamente BVerfGE 35, 79, del 29 maggio 1973; 65, 1, del 15 dicembre 1983; 57, 295, del 16 giugno 1961 e 73, 118, del 4 novembre 1986.

⁴⁹ H. GÖRLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden, Nomos, 1981; E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, cit., 292 ss.; E. SCHMIDT ABMANN, *Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, cit., 995 ss.; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 428 ss.

⁵⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 410 ss.; più recentemente, tra i molti, D. GRIMM, *The Protective Function of the State*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press 2005, 143 ss.; M. GERBIG, *Grundrecht auf staatlichen Schutz. Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, 20 ss.

protezione, è soprattutto quella che scaturisce dai rischi indeterminati dello sviluppo tecnologico e da quelli ingenerati dalle attività dei privati⁵¹. Il BVerfG e la restante parte della dottrina hanno invece individuato il fondamento delle *Schutzpflichten* nella dimensione oggettiva dei *Grundrechte*, che definisce comunque l'oggetto e la misura degli obblighi di protezione, oppure nel principio di dignità umana (art. 1 comma 1 GG), che la costituzione impone di «proteggere» oltre che di «rispettare». Dinanzi ai tentativi di circoscrivere l'operatività delle *Schutzpflichten* ad alcuni diritti come quello alla vita, all'integrità fisica, o all'ambiente, sui quali si è all'inizio concentrato il Tribunale costituzionale⁵², l'indirizzo prevalente, sia dottrinale che giurisprudenziale, sembra invece essere quello di associare tale dimensione, in via potenziale, a tutti i diritti fondamentali. Trattandosi di derivare dai singoli *Grundrechte* obblighi positivi in capo allo stato, la specificazione in concreto delle azioni richieste è mediata dal legislatore, al quale spetta un significativo margine di valutazione e conformazione, mentre al Tribunale costituzionale è riservato uno scrutinio che oscilla tra il controllo di violazione manifesta (che censura la totale assenza o la palese inidoneità della misura) e il rispetto di un livello minimo di tutela, comprensivo della sua efficacia e adeguatezza (*Untermaßverbot*). È ormai riconosciuto, inoltre, che a una *Schutzpflicht* dello stato corrisponde una pretesa soggettiva azionabile mediante *Verfassungsbeschwerde*⁵³.

La dogmatica degli obblighi di protezione ha sviluppato negli ultimi decenni una portata espansiva, tendendo non solo a ricomprendere – secondo alcuni⁵⁴ – la costellazione dell'efficacia orizzontale dei diritti (o almeno una parte di essa), ma proiettandosi anche sull'organizzazione statale. Intorno al modello delle *Schutzpflichten* è stato infatti articolato il protocollo operativo della *Integrationsverantwortung* (responsabilità di integrazione), ossia il principio che guida il comportamento degli organi politici – soprattutto il Parlamento – nei rapporti tra la Repubblica federale tedesca e l'Unione europea⁵⁵. E, tuttavia, occorre maneggiare la categoria degli obblighi

⁵¹ J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, cit., 157 ss., 186 ss.; ID., *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, De Gruyter, 1983.

⁵² Cfr. BVerfGE, 39, 1, del 25 febbraio 1975; 46, 160, del 16 ottobre 1977; 49, 89, dell'8 agosto 1978; 53, 30, del 20 dicembre 1979; 56, 54, del 14 gennaio 1981; 77, 170, del 29 ottobre 1987.

⁵³ J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2005, I ss. e *passim*; ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, cit., 181 ss.; C. CALLIESS, *Schutzpflichten*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, cit., 963 ss.; M. RUFFERT, *Grundrechtliche Schutzpflichten: Einfallstor für ein etatistisches Grundrechtsverständnis?*, in T. Vesting, S. Korioth, I. Augsberg (hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen, Mohr, 2014, 109 ss.; GRIMM, *The Protective Function of the State*, cit., 149 ss.; L.P. STÖRRING, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009. Tra i casi in cui lo scrutinio del BVerfG è stato particolarmente penetrante va ricordata la prima sentenza sulle *Schutzpflichten*, riguardante l'interruzione volontaria di gravidanza (BVerfGE, 39, 1, cit.): in essa il BVerfG ha enucleato un obbligo di protezione in capo allo stato, da soddisfare mediante il ricorso alla sanzione penale, suscitando la dura reazione dei giudici dissenzienti Rupp-von Brünneck e Simon. Nella seconda sentenza sull'aborto, in cui è stato formulato il criterio dell'*Untermaßverbot*, il BVerfG ha stemperato il suo approccio relativamente alla necessità di norme penali, senza rinunciare però alla categoria delle *Schutzpflichten*, e nemmeno a una individuazione piuttosto dettagliata di ulteriori misure da adottare: cfr. BVerfGE 88, 203, del 28 maggio 1993.

⁵⁴ Tra cui H.J. PAPIER, *Drittwirkung der Grundrechte*, in Id., D. Merten, (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, cit., 1335-1336, ma v. anche *infra*, n. 64.

⁵⁵ Cfr. la recentissima BVerfG, 2 BvR 2728/13, del 21 giugno 2016 (*OMT II*), spec. pt. 138, 163 ss., su cui v. il commento di F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche"*,

di protezione con una certa cautela, specie se la si invoca in relazione al compito di sicurezza, perché più si estende l'operatività delle *Schutzpflichten*, più si aprono per lo stato ambiti di azione, suscettibili di restringere le libertà. Di ciò occorre essere consapevoli, se è vero che l'esercizio delle libertà ingenera fisiologicamente situazioni di rischio, mentre una completa eliminazione dei rischi può comportare il soffocamento delle libertà⁵⁶.

Alcuni autori fanno rientrare tra le dimensioni dei diritti quella democratico-partecipativa. Essa è riferita al diritto di voto e ai diritti che vivificano lo spazio pubblico (libertà di espressione, libertà di riunione e associazione, libertà sindacali), contribuendo alla pre-formazione della volontà politica. Al contempo, però, tali diritti non devono subire una torsione funzionalistica, che comporterebbe la perdita della spontaneità nell'esercizio delle libertà e una compressione dell'uguaglianza delle *chances*⁵⁷. La dimensione democratico-partecipativa è stata evocata anche a proposito di diritti in apparenza più distanti, inerenti originariamente alla sfera privata, come quello all'autodeterminazione informativa⁵⁸. Un'evoluzione importante che ha riguardato di recente questa dimensione dei diritti fondamentali si è avuta nella giurisprudenza sull'integrazione europea: il BVerfG ha affermato l'azionabilità del diritto di voto (art. 38 GG) attraverso una *Verfassungsbeschwerde*, per far valere la relativa lesione non già dal punto di vista soggettivo, ma da quello oggettivo e istituzionale, e ciò ha comportato l'ammissibilità di un ricorso diretto per asserita violazione del principio democratico (una sorta di *Recht auf Demokratie*). Benché una parte della dottrina (e degli stessi giudici costituzionali) sia stata molto critica nei confronti di questo approccio, che avrebbe modificato i requisiti di accesso al Tribunale⁵⁹, è grazie ad esso che è stato possibile, per i giudici, precisare alcuni limiti della partecipazione della Repubblica federale al processo di integrazione, formulando una serie di concetti-chiave, da quello del controllo sul rispetto dell'identità costituzionale a quello della responsabilità di integrazione⁶⁰.

Un accenno merita infine la dimensione che proprio la sentenza Lüth ha contribuito a far emergere, ossia quella dell'irradiamento dei diritti fondamentali nei vari settori dell'ordinamento e della loro efficacia verso terzi, laddove la questione principale concerne la portata di tale efficacia rispetto all'autonomia privata. Il caso Lüth sembra risolvere la controversia, apertasi fin dall'entrata in vigore del *Grundgesetz*,

principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT, in corso di pubblicazione su *costituzionalismo.it*.

⁵⁶ ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, cit., 41-42; ID., *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, 190, 201; C. GUSY, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, in VVDStRL (2003), Berlin, de Gruyter, 2004, 160; JARASS, *Die Grundrechte*, cit., 40; GERBIG, *Das Grundrecht auf staatlichen Schutz*, cit., 104 ss. V. altresì RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 135, 141 ss.

⁵⁷ Cfr. HESSE, *Grundzüge*, cit., 72, 131; DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, cit., 38 ss.

⁵⁸ Cfr. BVerfGE 65, 1, cit. V. altresì DREIER, *Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte*, cit., 507.

⁵⁹ C. SCHÖNBERGER, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, in JZ 2010, 1160 ss.; R. LEHNER, *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde*, in *Der Staat* 2013, 535 ss. Cfr. anche i *Sondervota* di Lübke-Wolff e Gerhardt in BVerfG, 2 BvE 13/13, del 14 gennaio 2014.

⁶⁰ BVerfGE 89, 155, del 12 ottobre 1993; 123, 267, del 30 giugno 2009; 129, 124, del 7 settembre 2011; 132, 95, del 12 settembre 2012; BVerfG, 2 BvE 2728/13, cit.

sull'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati⁶¹, in favore della seconda alternativa, ossia per un'efficacia mediata tramite le clausole generali del diritto civile (tale era il § 826 BGB). A ben vedere, però, è possibile stemperare la contrapposizione tra le due posizioni, e prospettare una ricostruzione unitaria, che le ricomprende entrambe e accorda la prevalenza all'una o all'altra a seconda del contesto normativo di riferimento. Non sembra, peraltro, che la giurisprudenza abbia raccolto le proposte di parte della dottrina, volte a differenziare in questo ambito una funzione di difesa (*Abwehrfunktion*) da una funzione di protezione (*Schutzfunktion*), essendosi riferita in maniera trasversale all'effetto di irradiazione. Lo scrutinio del BVerfG è teso a verificare se il giudice abbia ommesso di considerare il significato di un diritto fondamentale nell'interpretazione del diritto privato, soprattutto (ma non solo) a partire dalle clausole generali. La giurisprudenza ha però mostrato una variazione nel peso dell'*Austrahlungswirkung* a seconda dell'intensità dello svantaggio sofferto dalla parte privata: più attenuato se il pregiudizio è riconducibile a una libera scelta contrattuale, più incisivo se esso è la conseguenza di fattori esterni come la presenza di dislivelli socio-economici e di disparità nel potere negoziale, oppure se sono coinvolti i diritti della personalità⁶². Nella sua versione mediata, l'*Austrahlungswirkung* rappresenta una forma di interpretazione conforme ai diritti fondamentali ed è quindi un caso particolare dell'interpretazione conforme a costituzione, un tema che in Germania, per ragioni anche istituzionali (il controllo più stretto che il BVerfG esercita, attraverso la *Urteilsverfassungsbeschwerde*, sull'interpretazione dei giudici comuni), ha dato luogo ad esiti meno controversi che in Italia⁶³. Per quanto riguarda infine la tendenza più recente, da parte di alcuni autori, ad assorbire l'efficacia orizzontale dei diritti nelle coordinate delle *Schutzpflichten*, essa presenta bensì alcuni vantaggi (una più chiara articolazione della relazione triangolare tra lo stato e i due soggetti privati, la "vittima" e il "perturbatore"), ma appare incoerente rispetto a un filone importante della giurisprudenza sulla *Drittwirkung*, ossia quello relativo alla correzione di rapporti contrattuali strutturalmente squilibrati: questi casi, che chiamano direttamente in causa i

⁶¹ Tra le principali posizioni v. rispettivamente H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *RdA* 1950, 121 ss.; G. DÜRIG, *Grundrechte in Zivilrechtsprechung*, in T. Maunz (hg.), *Festschrift Nawiasky*, München, Isar, 1956, 157 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, Beck, 1960. Per una ricostruzione v. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., 48 ss.; PAPIER, *Drittwirkung*, cit., 1331 ss. e, più sinteticamente, U. PREUB, *The German Drittwirkung Doctrine and Its Socio-Political Background*, in A. Sajó, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005, 23 ss.

⁶² ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 475 ss.; W. RÜFNER, *Grundrechtsadressaten*, in J. Isensee, P. Kirchhoff (hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, cit., 554 ss.; JARASS, *Grundrechte*, cit., 42-43; ID., *Funktionen und Dimensionen*, cit., 650 ss. Cfr. BVerfGE, 81, 242, del 7 febbraio 1990; 89, 214, del 19 ottobre 1993. La differenza tra *Abwehrfunktion* e *Schutzfunktion*, corrispondente a un controllo più o meno intenso del Tribunale, è stata ricollegata all'interesse invocato dai privati interessati, rispettivamente a una minore regolazione o a una maggiore protezione. Significativo è, ad esempio, il diverso impatto, sulle piccole imprese, delle norme sul licenziamento ingiustificato: mentre i datori di lavoro ne chiedevano l'eliminazione o l'applicazione restrittiva, i lavoratori ne auspicavano l'estensione, attribuendo così rispettivamente rilievo, i primi, all'*Abwehrfunktion* e, i secondi, alla *Schutzfunktion* (cfr. BVerfGE 97, 169, del 27 gennaio 1998). Un'altra divaricazione tra le funzioni può essere associata ai diversi ambiti della responsabilità civile, in cui gli obblighi dei privati discendono da norme eteronome (prevalenza dell'*Abwehrfunktion*), e del contratto, retto dal principio di autonomia privata (prevalenza della *Schutzfunktion*).

⁶³ JARASS, *Funktionen und Dimensionen*, cit., 649; WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 758 ss.

principi di eguaglianza e solidarietà, esulano dall'ambito proprio delle *Schutzpflichten*, che è invece quello delle classiche libertà civili⁶⁴.

Nell'ambito di un quadro siffatto si muovono le riflessioni dei costituzionalisti tedeschi, al cui interno si distingue un filone più critico nei confronti dell'espansione, da parte del BVerfG, delle dimensioni dei *Grundrechte*, e uno invece più favorevole. Non potendo offrire, in questa sede, una ricostruzione completa di un dibattito molto articolato⁶⁵, mi limiterò a fare riferimento alle figure emblematiche dei due orientamenti principali, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Peter Häberle, le cui riflessioni, risalenti agli anni sessanta e settanta, hanno rappresentato dei tornanti decisivi per gli sviluppi dottrinali successivi. È noto che Böckenförde ed Häberle fanno capo rispettivamente alla scuola schmittiana e a quella smendiana, laddove le dottrine di Schmitt e Smend sono state corrette l'una in senso liberale e l'altra in senso pluralistico, in particolare attraverso la mediazione di Heller. Per entrambi gli studiosi, il tema delle dimensioni e della dogmatica dei diritti fondamentali è ricollegato a una teoria delle libertà e della costituzione. Quest'ultima viene concepita da Böckenförde come un ordinamento cornice (*Rahmenordnung*), da Häberle come l'ordine fondamentale della comunità (*Grundordnung des Gemeinwesens*, con un' espressione di Konrad Hesse). A tale differenza corrisponde una diversa ricostruzione del rapporto tra stato e società: di tendenziale separazione per il primo, di tendenziale integrazione per il secondo.

Böckenförde muove dall'idea liberale secondo cui la libertà individuale corrisponde a una sfera prestatuale che lo stato è tenuto a preservare⁶⁶. La dimensione propria dei diritti fondamentali è quella dell'*Abwehrrecht* e lo stato ha l'obbligo di astenersi dal pregiudicarla. La legge è vista soprattutto come fonte di limitazione e al contempo di garanzia del diritto, nel senso che quest'ultimo può essere limitato solo da una legge il cui contenuto sia conforme alla riserva contemplata dalla costituzione. La giurisprudenza del BVerfG sulla *Wertordnung* e le elaborazioni dottrinali sulle dimensioni oggettive dei diritti sono considerate con una certa preoccupazione. Böckenförde fa proprie le critiche all'ordinamento di valori, formulate inizialmente da Schmitt e Forsthoff⁶⁷, aventi a oggetto l'impossibilità cognitiva di esso, l'arbitraria

⁶⁴ Sul punto v., tra gli altri, RUFFERT, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, cit., 113-114.

⁶⁵ Esso è ricostruito efficacemente da POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., 48 ss.; V. altresì WRASE, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, cit., 273 ss.; ROSSI, *Contenuti e metodi*, cit., 142 ss. Con riguardo ai profili dell'interpretazione e concretizzazione dei diritti v. V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 41 ss., 105 ss. Sulla posizione centrale della scuola schmittiana e di quella smendiana nel costituzionalismo tedesco del dopoguerra v. F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration (1949-1970)*, München, Oldenbourg, 2004. Sia consentito inoltre il rinvio a DI MARTINO, *Konrad Hesse nella dottrina*, cit. e, con riguardo particolare ai diritti fondamentali, G. REPETTO, *Costituzione, diritti, interpretazione: il contributo di Konrad Hesse al dibattito costituzionale tedesco del dopoguerra*, in Id., Di Martino (a cura di), *L'unità della costituzione*, cit., 37 ss.

⁶⁶ Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 160 ss., 185 ss. Sull'orientamento più autenticamente liberale di Böckenförde rispetto a quello di Schmitt v. R. MEHRING, *Zu den neu gesammelten Schriften und Studien Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in AöR 1992, 449 ss.; J. FALK, *Freiheit als politisches Ziel. Grundmodelle liberalen Denkens bei Kant, Hayek und Böckenförde*, Frankfurt, Campus Verlag, 2012, 147 ss.; J. HACKE, *Philosophie der Bürgerlichkeit. Die liberalkonservative Begründung der Bundesrepublik*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2008, 22, 184 ss.

⁶⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie, Erbracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1967, 37 ss.; E. FORSTHOFF, *Die*

individuazione di un sistema assiologico chiuso, la soggettività delle operazioni di *Abwägung*, a scapito della certezza e del carattere formale del diritto, la restrizione dei diritti di libertà in nome di istanze istituzionali o assiologiche onnicomprehensive, le asimmetrie nei rapporti privati indotte dall'*Austrahlungswirkung*, il rischio di uno *Jurisdiktionsstaat*⁶⁸. Tali motivi sono stati ripresi da altri autori, che hanno variamente sottolineato la perdita di normatività dei diritti nella loro dimensione difensiva, l'indifferenziazione dogmatica dei singoli *Grundrechte*, il rischio di una *Konstitutionalisierung* dell'intero ordinamento, l'ingenerazione di uno squilibrio nell'assetto dei poteri costituzionali a vantaggio del BVerfG, la compressione dei margini di azione del legislatore e quindi del processo politico-democratico⁶⁹. Congruente con questo approccio è la contrarietà alla ri-soggettivizzazione della dimensione oggettiva dei *Grundrechte*, ovvero la traduzione di quest'ultima in diritti soggettivi di rilievo costituzionale azionabili tramite la *Verfassungsbeschwerde*, una soluzione che invece è stata adottata nella prassi del BVerfG ed è condivisa da buona parte della dottrina⁷⁰.

Häberle prende invece le mosse dalla convinzione del necessario superamento del modello liberale, a vantaggio di un'idea di libertà non astratta ma reale (*reale Freiheit, wirkliche Freiheit*), che presuppone un'immagine dell'uomo in sintonia con le costituzioni del pluralismo: un essere umano non più isolato nella sua individualità ma inserito nella comunità e al centro di una serie di rapporti sociali, *l'homme situé*⁷¹. Il reciproco condizionamento di individuo e comunità implica quello tra libertà e ordine sociale. In questa prospettiva, accanto alla dimensione difensiva acquista un ruolo decisivo la dimensione istituzionale dei *Grundrechte*. Questi ultimi, infatti, non proteggono sfere di libertà pregiuridiche e pre-statali, ma ambiti di vita sociale che

Umbildung des Verfassungsgesetzes, in M. Friedrich (hg.), *Verfassung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, 117 ss.

⁶⁸ BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., 166 ss.; ID., *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989), in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 189 ss. Per una rassegna delle critiche alla *Wertrechtsprechung* cfr. ora DI FABIO, *Zur Theorie*, cit., 1034 ss.

⁶⁹ Cfr. almeno B. SCHLINK, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in *EuGRZ* 1984, 457 ss.; POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., 153 ss., 315 ss.; G. LÜBBE-WOLF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1988; B. RUSTEBERG, *Die grundrechtliche Gewährleistungsgewalt*, Tübingen, Mohr, 2009; ID., *Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung*, in T. Vesting, S. Korioth, I. Augsberg (hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, cit., 87 ss.; R. CAMILO DE OLIVEIRA, *Zur Kritik der Abwägung. Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, 173 ss., 232 ss. V. anche M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr, 1999.

⁷⁰ V. rispettivamente BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen*, cit., 207 ss. da un lato, e JARASS, *Die Grundrechte*, cit., 46 ss.; ID., *Funktionen und Dimensionen*, cit., 638 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit., 816-817, dall'altro.

⁷¹ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3^a ed., Heidelberg, Müller, 1983 [la prima edizione è del 1962], 8 ss.; ID., *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStL* (1971), Berlin, de Gruyter, 1972, 45 ss. Sull'*homme situé* cfr. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, v. VI, Paris, LGDJ, 1956, VI, 361 ss. Sulla concezione häberliana dei diritti v. P. RIDOLA, *Introduzione*, in P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, tr. it. di A. Fusillo e R. Rossi, Roma, NIS, 1993 e, da ultimo, M.H.W. MÖLLERS, *Personale und institutionelle Doppelfunktion der Grundrechte im Leistungsstaat und ihr Wesensgehalt. Zur Grundrechtstheorie von Peter Häberle*, in Id., R.C. van Ooyen (hg.), *Verfassungs-Kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 119 ss. Per un recente approfondimento teorico della libertà "reale" o "sociale", che si svolge nell'ambito di istituzioni e di una cultura politica dinamica v. A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica*, Torino, Codice edizioni, 2015, 45 ss., 358 ss.

necessitano, per un pieno esercizio dei diritti e in maniera differenziata tra loro, di complessi normativi (*Normenkomplexe*) posti in essere dal legislatore. Pertanto, la legge statale non è più vista prevalentemente come limite dei diritti fondamentali ma come fonte della conformazione (*Ausgestaltung*) di questi, in vista di una concretizzazione (*Konkretisierung*) dei diritti e dell'attualizzazione (*Verwirklichung*) dei valori costituzionali. Se la legge svolge una duplice funzione di limite e conformazione, entrambe sono riconducibili all'idea di attuazione (*Ausführung*) della costituzione, nella misura in cui la funzione di limite oltrepassa la logica restrittiva del rapporto tra individuo e stato e dell'interferenza del secondo nello spazio di libertà del primo (*Eingriff-Schranke*). Tale logica, per Häberle, è il frutto dell'eredità combinata di alcune tradizioni determinanti nella storia del pensiero giuridico (giusnaturalismo, volontarismo, liberalismo, formalismo e giuspositivismo), mentre la funzione limitativa è da lui considerata prevalentemente come l'inveramento di altri diritti e interessi di rango costituzionale, della cui protezione può beneficiare anche il titolare del diritto limitato⁷². La funzione conformativa della legge è stata nel frattempo ampiamente riconosciuta dal BVerfG, il quale è sembrato però orientato a considerarla alternativa rispetto alla funzione di limite. Quale criterio per distinguere l'una dall'altra (ed evitare che si ricorra alla prima per produrre di fatto un'indebita restrizione dei diritti di libertà), la funzione conformativa deve realizzare l'effettivo svolgimento del contenuto dei diritti interessati⁷³.

Se, nella prospettiva häberliana, la legge è vista come una *Konkretisierung* dei *Grundrechte*, tale ruolo è assolto anche dalla giurisprudenza costituzionale, nella misura in cui quest'ultima porta allo scoperto i limiti immanenti dei diritti fondamentali attraverso le operazioni di *Abwägung*, limiti derivabili dal sistema complessivo dei valori costituzionali. Tale ricostruzione, che conduce al carattere dichiarativo della clausola del contenuto essenziale (art. 19 comma 2 GG), presuppone l'adesione all'idea della costituzione come ordinamento di valori e la convinzione, sulla scia dell'insegnamento smendiano, della conoscibilità di questi ultimi attraverso un approccio di tipo *geisteswissenschaftlich*⁷⁴.

Pochi anni dopo Häberle, Niklas Luhmann ha tematizzato la dimensione istituzionale in un'ottica diversa, valorizzando i *Grundrechte* come presidi della differenziazione sociale e dell'autonomia dei singoli sottosistemi rispetto alle tendenze espansive di alcuni di essi⁷⁵. Nei decenni successivi, la tesi istituzionalista è stata ulteriormente precisata dalla dottrina, che ha ridimensionato in parte l'approccio onnicomprensivo häberliano ma ne ha conservato gli assunti di fondo. Come si è appena visto, nell'ottica della teoria istituzionale, la legge si rende necessaria per concretizzare, sviluppare e promuovere i diritti costituzionali secondo le linee direttive stabilite dalla costituzione. Ma come evitare che la legge di conformazione arrivi a snaturare il diritto fondamentale, sfuggendo ai limiti posti dal *Grundgesetz*, e che una legge ordinaria finisca per sostituirsi, nella determinazione del contenuto, alla stessa costituzione? A fronte di questi interrogativi, si spiega come alcuni studiosi abbiano trovato conforto

⁷² HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 96 ss., 180 ss. Per la critica all'unilateralità dei diritti fondamentali come *Abwehrrechte* e al pensiero dell'*Eingriff-Schranken* v. *ivi*, 85 ss., 145 ss., 179 ss.

⁷³ JARASS, *Funktionen und Dimensionen*, cit., 648.

⁷⁴ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 31 ss.

⁷⁵ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965) a cura di G. Palombella e L. Panarale, Bari, Dedalo, 2002.

nella dogmatica dell'*Abwehrrecht* e nell'esclusivo significato della legge come espressione della massima soglia di invasività del potere statale⁷⁶. Altri, tuttavia, hanno valorizzato i caratteri specifici della legge di conformazione, sottolineando la non esclusività dei due modelli: una legge, cioè, può apparire come limitativa o conformativa a seconda dei diritti coinvolti, promuovendone alcuni e comprimendone altri, oppure a seconda della dimensione in cui uno stesso diritto è toccato: la legge, cioè, può interferire, dal punto di vista difensivo, con i diritti già esistenti e con le legittime aspettative che essi hanno generato, ma può altresì incentivare, dal punto di vista conformativo, la promozione dei diritti in capo a soggetti ulteriori. Il parametro costituzionale va dunque considerato separatamente in entrambi i casi: sul versante della dimensione individuale e della legge limitativa opera il principio di proporzionalità; sul versante della dimensione istituzionale e della legge conformativa opera un principio di congruenza con il fine da raggiungere (specie se si sottolinea la non graduabilità degli obblighi statali afferenti alla dimensione istituzionale), oppure il principio del contenuto essenziale o quello dell'*Untermaßverbot*. Anche se la prima dimensione tende ad attrarre la seconda, quest'ultima conserva un proprio specifico ambito di azione⁷⁷.

Sempre per differenziare la dogmatica della dimensione oggettiva da quella della dimensione soggettiva, alcuni autori hanno elaborato la figura del *Gewährleistungsgehalt* (contenuto di garanzia), distinguendolo dallo *Schutzbereich* (ambito di tutela). Quest'ultimo afferisce alla dimensione individuale e di esso è stata messa in discussione l'interpretazione eccessivamente espansiva, la quale è stata all'origine di un'interpretazione altrettanto espansiva dei limiti del diritto. Allo stesso tempo, lo *Schutzbereich* riflette una concezione liberale dei *Grundrechte* e ad esso è stato preferito il *Gewährleistungsgehalt*, inteso come quel contenuto relativo alle condizioni minime di effettività del diritto, comprensive dell'azione conformativa dei pubblici poteri⁷⁸. Quanto, poi, all'ambito più circoscritto delle vere e proprie garanzie di istituto, esse si sono emancipate dalla ricostruzione schmittiana: sebbene relative a diritti tradizionali (proprietà, matrimonio, insegnamento universitario, etc.), tali garanzie sono state rilette alla luce dei principi costituzionali del *Grundgesetz* e sono state intese come una forma di protezione dell'autonomia delle relazioni che si sviluppano nell'ambito della garanzia stessa. È stato dunque ampiamente riconosciuto che il profilo individuale e quello istituzionale non sono incompatibili ma complementari. Anche nella giurisprudenza costituzionale, il primo non appare più assorbito dal secondo, ma

⁷⁶ V. *supra*, n. 69, ed anche E.W. BÖCKENFÖRDE, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, cit., 230 ss.

⁷⁷ Cfr., per tutti e con ampi riferimenti bibliografici, M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tübingen, Mohr, 2005, spec. 586 ss., 633 ss.; C. BUMKE, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, Mohr, 2009; ID., *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos, 1998, 104 ss., 180 ss.

⁷⁸ V., per tutti, W. HOFFMANN-RIEM, *Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?* (2004), in I. Augsberg, S. Unger (hg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 317 ss.; ID., *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch*, in *Der Staat 2004*, 203 ss. Criticamente W. KAHL, *Vom weitem Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat 2004*, 167 ss. Per un quadro d'insieme v. WRASE, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, cit., 364 ss.; I. AUGSBERG, S. UNGER, *Erläuterungen*, in I. Augsberg, S. Unger (hg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, cit., rispettivamente 342 ss. e 377 ss.

offre impulsi per l'evoluzione della disciplina legislativa di conformazione (significative, in proposito, le vicende in materia di diritto di famiglia)⁷⁹.

Se già Häberle sottolineava l'importanza del principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) al fine di articolare *standards* di scrutinio per rendere controllabile e prevedibile il giudizio del BVerfG, la dottrina successiva si è dedicata ad esso con attenzione sempre maggiore, in parallelo al suo uso crescente da parte del BVerfG⁸⁰. Particolarmente significativo è il ruolo che tale principio ha assunto nella teoria dei diritti fondamentali di Robert Alexy. Questi, inquadrando i *Grundrechte* come principi normativi (o meglio, come una combinazione di regole e principi di ottimizzazione), ha offerto un'ulteriore elaborazione dei diritti fondamentali come elementi oggettivi dell'ordinamento. Da tale angolazione, il principio di proporzionalità regola le ponderazioni tra diritti, le quali vengono risolte alla luce di relazioni di preferenza condizionata, in base agli elementi di fatto e di diritto del caso concreto. L'antidoto al soggettivismo del giudice costituzionale è rinvenuto da Alexy sul terreno dell'argomentazione costituzionale, nella misura in cui il giudice è tenuto a motivare adeguatamente la propria scelta, con riguardo all'importanza della realizzazione di un principio rispetto alla gravità della lesione di un altro, rendendo così le proprie operazioni razionalmente controllabili⁸¹.

Alla critica delle ponderazioni si è già accennato più in alto. Qui mi limito a ricordare alcune implicazioni potenzialmente negative di questo strumento, e cioè la dissoluzione, in una dogmatica indifferenziata, delle caratteristiche specifiche di ciascun diritto fondamentale delineate dalla costituzione, nonché il ruolo recessivo di altri canoni argomentativi. Merita, peraltro, ricordare l'indirizzo – influenzato dalla teoria dei sistemi e ideologicamente neo-liberale – in cui la critica alle ponderazioni si è nutrita di una critica alla concezione individuale dell'*Abwehrrecht*. Si è contestato, cioè, che quest'ultimo dovesse essere costruito intorno al modello dell'individuo singolo e isolato, contrapposto a uno stato personificato parimenti in un individuo. Per gli esponenti di tale orientamento, guidato da Karl Heinz Ladeur, il diritto protegge non i singoli ma una sfera di auto-organizzazione sociale capace di coordinarsi e produrre autonomamente prassi e norme. Il diritto di difesa tutela dunque un soggetto non individuale ma collettivo o trans-soggettivo. In quest'ottica, i bilanciamenti (sia del legislatore sia del giudice) appaiono non solo plasmati su un modello che non risponde alla realtà delle interazioni sociali, ma anche il frutto prevalente della volontà dello stato e del suo paternalismo. Poiché ciò che conta è il risultato della cooperazione spontanea

⁷⁹ MAGER, *Einrichtungsgarantien*, cit., 405 ss., anche per la relazione con le altre dimensioni ed ivi, 195 ss., sulla famiglia. V. altresì M. KLOEPFER, *Einrichtungsgarantien*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 933 ss., che però adotta un'interpretazione più statica in materia di matrimonio.

⁸⁰ Cfr. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 67 ss. Più ampiamente, tra i molti, P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln, Karl Heymanns, 1961 [nonché la prefazione alla ristampa edita da Keip nel 1999]; D. MERTEN, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Id., H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. III, Heidelberg, Müller, 2009, 518 ss.

⁸¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 493 ss.; ID., *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983, 259 ss. e, per un aggiornamento, ID., *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in VVDStRL (2001), Berlin, de Gruyter, 2002, 7 ss. V. altresì M. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998; M. KLATT, J. SCHMIDT, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tübingen, Mohr, 2010.

individuale, viene preferita una ricostruzione dei diritti in termini processuali. Ne consegue che i diritti sociali perdono la loro caratteristica di diritti a prestazioni dovute dallo stato, assumendo invece una struttura simile ai diritti di libertà: anch'essi appaiono come un esito dell'auto-organizzazione sociale, mentre il compito dello stato si riduce a un controllo della trasparenza di questi processi e a un intervento (solo) in caso di palesi malfunzionamenti⁸².

Un approccio siffatto, però, sottovaluta oltremisura il compito positivo di rimozione delle diseguaglianze che può essere svolto efficacemente dai poteri pubblici. A tale proposito, gli stessi Böckenforde ed Häberle (insieme ad altri esponenti delle rispettive scuole), pur muovendo da presupposti teorici e metodologici molto differenti, sono giunti da tempo a conclusioni più ravvicinate. Nell'ambito dei diritti di prestazione, infatti, entrambi hanno considerato rilevante il condizionamento della situazione socio-economica sull'effettivo esercizio dei diritti. Quanto ad Häberle, egli ha sottolineato, poco prima delle sentenze-chiave del BVerfG⁸³, il carattere irrinunciabile dei diritti di prestazione per una libertà reale ed effettiva, ricavandoli dai *Grundrechte* espressamente previsti, in combinazione con il principio di eguaglianza e con il principio dello stato sociale. Solo in casi eccezionali, però, essi si traducono in diritti soggettivi direttamente azionabili con una *Verfassungsbeschwerde* (è il caso del summenzionato *Existenzminimum*), mentre normalmente essi costituiscono norme oggettive di scopo (*Zielbestimmungen*), che danno luogo a un compito (*Auftrag*) per il legislatore. Più che come fonte di una pretesa a diritti sociali materiali, tali posizioni vanno concepite, per Häberle, come componenti di uno *status activus processualis*: diritti di partecipazione ai procedimenti che, prima di un eventuale giudizio, consentono agli individui di intervenire nella composizione dei diversi interessi in gioco⁸⁴. Si tratta di un aggiornamento della teoria jellinekiana degli *status*, in cui a essere prevalente non è più lo *status passivus* o lo *status negativus*, ma, appunto, lo *status activus processualis*. Quest'ultimo, mirando ad assicurare l'effettività dei diritti di prestazione attraverso la partecipazione a procedimenti, appare un chiaro riflesso del compito, posto dallo stato sociale, di realizzare l'eguaglianza delle *chances*⁸⁵. Con riguardo allo stato di prestazione, la posizione di Böckenforde non è lontanissima da quella häberliana – in ciò è possibile cogliere l'influenza su entrambi del pensiero di Heller –, dal momento che egli corregge inequivocabilmente la prospettiva liberale alla luce del principio del *Sozialstaat*, il quale richiede la realizzazione, da parte dello stato, delle condizioni materiali che consentono l'effettivo esercizio dei diritti da parte dei cittadini. Böckenforde sottolinea quindi la portata normativa del *Sozialstaatsprinzip*, rinvenendola in una serie di compiti statali, ma esclude la costituzione in capo ai singoli di diritti soggettivi, poiché questi (insieme alla relativa giustiziabilità) restringerebbero

⁸² Cfr., tra i molti lavori, K.H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, in *Der Staat* 2011, 493 ss.; ID., *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in T. Vesting, S. Koriath, I. Augsberg (hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, cit., 17 ss. Sulla critica neo-liberale ai bilanciamenti v. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 162 ss.

⁸³ V. *supra*, nn. 44-45.

⁸⁴ HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit., 66 ss.

⁸⁵ Ivi, 73 ss., 80 ss.

eccessivamente lo spazio deliberativo del legislatore democratico che, in questa materia, deve invece rimanere ampio⁸⁶.

La concezione dei diritti di prestazione come norme di scopo è stata a lungo prevalente, sebbene vi siano stati autori che hanno risposto positivamente alla questione della derivabilità, dal principio dello stato sociale, di posizioni soggettive, sostenendo la necessaria correlazione di esse con un obbligo statale⁸⁷. Questa tesi è stata in parte recepita dal BVerfG nella decisione sull'*Existenzminimum*, dove l'elaborazione di un *Gewährleistungsrecht* appare suscettibile di trovare applicazione anche in altri ambiti delle politiche sociali. Il carattere precettivo delle norme di scopo⁸⁸ è comunque rappresentativo della funzione promozionale e direttiva propria di alcuni diritti costituzionali, sulla cui importanza la dottrina – specie quella di ascendenza smendiana, che ravvisa nella costituzione non solo limiti ma anche impulsi – ha da tempo richiamato l'attenzione⁸⁹. Volendo quindi utilizzare una categoria generale per ricomprendere le diverse dimensioni oggettive dei *Grundrechte* si può ricorrere alla loro valenza di direttive e programmi – nel senso di un vincolo positivo volto a ottenere determinati risultati e non nel senso riduttivo del “meramente” programmatico –, oppure si può utilizzare una nozione molto ampia di *Schutzpflichten*⁹⁰, che tuttavia, anche semanticamente, evoca il ruolo ambivalente dello stato in relazione alla protezione dei diritti, e cioè l'esserne al contempo garante e potenziale minaccia. Occorre peraltro precisare che se, con la multidimensionalità dei *Grundrechte*, la dottrina e la giurisprudenza tendono ad associare a ognuno di essi molteplici funzioni, queste non hanno lo stesso rilievo nei singoli diritti: è stato opportunamente osservato che in alcuni prevale la dimensione difensiva (la maggior parte delle libertà individuali), in altri le due dimensioni sono tendenzialmente equiparate (la proprietà, la famiglia, la libertà di informazione), in altri ancora spicca quella oggettiva e positiva (il sostegno alla maternità e alla prole, il diritto alla tutela giudiziaria) o quella democratico-partecipativa (il diritto di voto, le libertà di riunione e di associazione), mentre più problematico – benché riconducibile alternativamente alla dimensione difensiva o a quella promozionale – è l'inquadramento dei diritti derivanti dal principio di eguaglianza⁹¹.

3.2. *L'esperienza statunitense: un contrappunto*

⁸⁶ BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., 186-188. Sulle posizioni di Häberle e Böckenförde in questa materia v. THURN, *Welcher Sozialstaat?*, cit., 146 ss., 180 ss.

⁸⁷ Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 401 ss. e, con riguardo a «diritti sociali minimi», ivi, 465 ss.

⁸⁸ Su cui v., per tutti, K.P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, Mohr, 1997.

⁸⁹ V. da ultimo BRYDE, *Programmatik*, cit., 691-692, 696 ss.; H.P. SCHNEIDER, *Grundrechte und Verfassungsdirektiven*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. III, Heidelberg, Müller, 2009, 708 ss. Sulla costituzione come «impulso e limite» e come «norma e compito» v. rispettivamente SMEND, *Verfassung*, cit., 195 e U. SCHEUNER, *Verfassung* (1963), in Id., *Staatstheorie und Staatsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, 172; parla di *dirigierende Verfassung* LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, cit., 73. Tra le norme in cui è più evidente la funzione promozionale vanno richiamati gli art. 3 comma 2 (parità di genere), 5 comma 1 frase 2 (garanzia della libertà di stampa e di informazione nel settore radiotelevisivo), 6 comma 5 (parificazione dei figli naturali), 7 comma 3 frase 2 (garanzia dell'insegnamento religioso), 16a comma 3 frase 1 (determinazione degli stati terzi sicuri in materia di asilo), 20a (tutela dell'ambiente).

⁹⁰ Per questa soluzione v. JARASS, *Funktionen und Dimensionen*, cit., 629 e *supra*, n. 54.

⁹¹ Ivi, 626-627, 641 ss.; ID., *Die Grundrechte*, cit., 51 ss.

È piuttosto diffusa la convinzione che, in materia di diritti fondamentali, la costituzione statunitense presenti alcune peculiarità, concernenti il primato della libertà negativa su quella positiva⁹² e un più generale *exceptionalism* relativo al contenuto e all'interpretazione dei diritti⁹³. Tali peculiarità vengono abitualmente ricondotte al maggiore rilievo assunto negli Stati Uniti dal valore della libertà individuale, racchiuso nell'antica sfiducia nel potere invasivo del governo e nell'inversa fiducia nelle iniziative individuali, specie se sviluppate nel mercato. Non è infrequente, peraltro, che il valore della libertà individuale venga contrapposto al valore della dignità umana, quale espressione delle legature sociali della persona e delle istanze egualitarie⁹⁴.

Questa chiave di lettura valorizza la continuità e la capacità espansiva della tradizione liberale del costituzionalismo statunitense: il carattere originario della società americana (composta da piccoli proprietari pariorinati) avrebbe reso superfluo, fin dalle origini, l'intervento positivo e programmatico dei poteri pubblici che in Europa si era reso necessario per superare l'ordinamento feudale e le gerarchie tra i ceti. Secondo tale punto di vista, si sarebbe formato col tempo un *liberal consensus* intorno ai valori della capacità individuale, della proprietà privata e del governo limitato, consenso che avrebbe tracciato il perimetro concettuale entro il quale si sarebbe svolto il dibattito pubblico. Quest'ultimo sarebbe stato a sua volta capace di sviluppare una dinamica evolutiva, includendo orientamenti potenzialmente concorrenti, purché pronti a tradurre le proprie istanze nel linguaggio del liberalismo⁹⁵.

Una prospettiva siffatta, però, se assunta in maniera unilaterale, rischia di offrire un quadro parziale della cultura giuridica degli Stati Uniti. Anzitutto, sarebbe riduttivo circoscrivere la matrice ideale della costituzione e del *Bill of Rights* alla sola componente liberale, avendo invero giocato un ruolo non meno importante quella repubblicana. Per quest'ultima, l'interesse individuale riveste un significato secondario rispetto al bene della comunità, al raggiungimento del quale sono preordinati sia l'adozione di un comportamento virtuoso, sia l'assolvimento dei doveri del cittadino. Nell'ideologia del repubblicanesimo la più profonda realizzazione della libertà si ha nella dimensione politica e nella partecipazione all'autogoverno della repubblica. Più esattamente, a tale ideologia è estranea la stessa distinzione tra libertà negativa e libertà positiva⁹⁶. L'eredità del repubblicanesimo, comunitario e democratico, è continuata a

⁹² V., da prospettive diverse, BERLIN, *Due concetti*, cit., 12 ss. ed ivi, 18, sulla disponibilità di «uno spazio minimo di libertà personale per non 'degradare o negare' la natura» umana; US CoA, 7th Cir., *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (1983), sulla costituzione come «una carta di libertà negative anziché positive» (a parlare è il giudice Richard Posner), relativamente alla struttura dei diritti. V. altresì US S.Ct., *De Shaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

⁹³ Cfr. M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

⁹⁴ Sul punto v. J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy*, in *Yale L. J.*, 2004, 1160 ss.; ID., «Human Dignity» in *Europe and the United States: the Social Foundations*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, cit., 108 ss.; G. BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, ivi, 85 ss.; E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, Praeger, 2002, 256 ss. Cfr. altresì F. BUSNELLI, *Diritti umani e civiltà giuridica. Riflessioni di un civilista*, in *Rass. Dir. Civ.* 1991, 243 ss.

⁹⁵ Cfr. L. HARTZ, *La tradizione liberale in America*, Milano, Feltrinelli, 1960; C. BENTLEY, *Constrained by the Liberal Tradition: Why the Supreme Court Has Not Found Positive Rights in the American Constitution*, in *BYU L. Rev.* 2007, 1721 ss.

⁹⁶ Sulla tradizione repubblicana nel costituzionalismo statunitense v. B. BAILY, G.S. WOOD, *Le origini degli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 1987; G.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero*

scorrere sotto traccia nella storia statunitense, tanto che l'idea di una intima connessione tra la libertà e il suo radicamento sociale (nel senso di *ordered liberty*) ha rappresentato il filo conduttore per l'elaborazione di diritti non enumerati (i *fundamental rights*) a partire dalla clausola del *due process* di cui al XIV emendamento⁹⁷. Del resto, la stessa concezione della costituzione come *higher law* fonde il più antico motivo inglese della prevalenza del diritto sulla volontà del sovrano con il fondamento contrattualistico della sovranità popolare⁹⁸. La coesistenza di diversi filoni ideali del costituzionalismo americano è testimoniata inoltre da recenti lavori che hanno ricercato un equilibrio tra le tesi liberali inerenti al primato dei diritti, del *legal constitutionalism* e del *judicial review*, con quelle, comunitarie e repubblicane, volte a riaffermare la centralità del *political constitutionalism*. Tali lavori hanno delineato una possibile coesistenza di diritti, autonomia (privata e pubblica) e responsabilità, da realizzarsi (anche) attraverso il ruolo promozionale dello stato⁹⁹. Occorre poi ricordare che l'ordinamento statunitense non è affatto indifferente né alla tutela dei valori personalistici né al principio della dignità umana. Quest'ultimo – seppure a fatica – ha fatto gradualmente ingresso nella giurisprudenza della Corte Suprema¹⁰⁰.

politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone, v. II, *La 'repubblica' nel pensiero anglosassone*, Bologna, il Mulino, 1980; G.S. WOOD, *Classical Republicanism and the American Revolution*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 1990, 13 ss. Sul concetto di libertà v. in particolare Q. SKINNER, *The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives*, in Id., R. Rorty, J.B. Schneewind (eds.), *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, *Sulle origini del Bill of Rights e sugli emendamenti della Reconstruction* v. A.R. AMAR, *The Bill of Rights*, Harrisonburg, Donnelley & Sons, 1998.

⁹⁷ Cfr. la classica formulazione in US S.Ct., *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937): «implicit in the concept of ordered liberty». V. altresì *Herbert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 316 (1926): «fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions»; *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934): «some principle of justice so rooted in the tradition and conscience of our people as to be ranked as fundamental».

⁹⁸ Cfr. E.S. CORWIN, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (1928), Ithaca, Cornell University Press, 1955; US S.Ct., *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁹⁹ J.E. FLEMING, L.C. MCCLAIN, *Ordered Liberty. Rights Responsibilities and Virtues*, Cambridge Mass. Harvard University Press, 2013, cercando una sintesi tra il liberale R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1977 e la comunitaria M.A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1993, e trovandola lungo la linea di J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, Ed. di Comunità, 1994. L'argomento interseca quello della *countermajoritarian difficulty*, sul quale la bibliografia è sterminata: v. almeno, A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven London, 1986, sulla distinzione tra valori costituzionali neutrali e interessi contingenti come criterio per la delimitazione dell'attività del giudice costituzionale rispetto a quella del legislatore; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1980, sulla *representation reinforcement theory*; R. POST, R. SIEGEL, *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, in *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 2007, 373 ss., sui «contraccolpi democratici» della giurisprudenza della Corte Suprema; J. WALDRON, *The Core Case Against Judicial Review*, in *Yale L.J.* 2006, 1347 ss. e R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, sul primato del *political constitutionalism*.

¹⁰⁰ Cfr., con riferimento al diritto alla *privacy*, S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harv. L. Rev.* 1890, 193 ss.; A. BALDASSARRE, *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974, *passim*; J. RUBENFELD, *The Right of Privacy*, in *Harv. L. Rev.* 1989, 737 ss. Oltre alle *opinions* del giudice Kennedy sui *gay rights*, appaiono significative quelle del giudice Brennan, soprattutto in tema di pena di morte, su cui v. D.E. MARION, *The Jurisprudence of Justice Brennan. The Law and Politics of "Libertarian Dignity"*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1997. Più ambivalente è stato il ricorso al principio di *human dignity* in materia di aborto, su cui v. R. SIEGEL, *Dignity and the*

Per quanto concerne gli obblighi di protezione da parte dello stato, è estranea al diritto statunitense una categoria generale e comprensiva come le *Schutzpflichten* tedesche. E, tuttavia, vanno menzionati quegli studi che, contestando il primato della dimensione negativa e liberale dei diritti costituzionali¹⁰¹, hanno richiamato l'attenzione sulla configurabilità di un *duty of protection* dello stato, e su un principio espansivo di efficacia dei diritti nei rapporti tra privati, denunciando l'apparente neutralità valoriale della concezione meramente negativa della libertà, che finisce col consolidare lo *status quo*¹⁰². Il dovere di protezione ha radici sia nel *common law* (come contraltare della lealtà dovuta dal suddito al sovrano), sia nelle dottrine contrattualistiche (come corrispettivo della rinuncia dei singoli ai propri diritti naturali), e ha trovato un inequivoco riconoscimento nelle costituzioni statali approvate poco dopo l'indipendenza. Inizialmente, dunque, un dovere generale di protezione era posto in capo agli stati, ma in seguito, a causa del lungo regime di schiavitù e – abolita quest'ultima – delle reiterate discriminazioni contro la popolazione nera, si è resa necessaria l'approvazione del XIV emendamento per stabilire un potere di intervento federale quale garanzia di tutti i cittadini a fronte degli inadempimenti statali¹⁰³. Nell'ordinamento costituzionale contemporaneo, il diritto a ricevere una protezione da parte dello stato emerge spesso in via mediata, tramite la rilevanza dei beni suscettibili di giustificare una limitazione dei diritti costituzionali, e la sua esistenza non può escludersi sulla base di una asserita minore giustiziabilità da parte delle corti¹⁰⁴.

La parzialità di una ricostruzione dei diritti incentrata sulla libertà negativa è confermata dalla recente sentenza sul diritto delle coppie omosessuali al matrimonio (*Obergefell*). In tale pronuncia, la Corte ha ricavato un diritto a contenuto positivo facendo ricorso a una concezione molto ampia della *liberty* di cui alla *due process clause*, superando il consolidato approccio secondo cui il riconoscimento di un nuovo diritto, a partire dal XIV emendamento, può avvenire soltanto con riferimento alle libertà negative e non positive. In questo caso, il diritto invocato non si limita – come in *Lawrence* – a esigere l'astensione dello stato da comportamenti invasivi nella sfera privata, ma è espressione di autonomia e autorealizzazione individuale, implicando altresì un'azione positiva dello stato stesso (la celebrazione e il riconoscimento di matrimoni contratti in altri stati membri, nonché dei diritti connessi, anche patrimoniali)¹⁰⁵. I giudici americani non hanno dovuto confrontarsi con le garanzie di

Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart, in *Yale L. J.* 2008, 1696 ss. In una prospettiva comparativa più generale v. C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *EJIL* 2008, 684 ss.; A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 192 ss.

¹⁰¹ Tale primato è stato riaffermato vigorosamente dalla Corte Rehnquist: cfr. US S.Ct., *De Shaney v. Winnebago County Department of Social Services*, cit.

¹⁰² Cfr., tra i molti, S. BANDES, *The Negative Constitution: A Critique*, in *Mich. L. Rev.* 1990 2271 ss.; S.J. HEYMAN, *The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment*, in *Duke L.J.* 1991-1992, 507 ss.; E. CHERMERINSKY, *Rethinking State Action*, in *Nw. U. L. Rev.* 1985, 503 ss.

¹⁰³ HEYMAN, *The First Duty of Government*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ Cfr., con richiami alla tesi di Lawrence Sager sugli *under-enforced constitutional rights*, F.I. MICHELMAN, *The Protective Function of the State in the United States*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, cit., 175 ss.

¹⁰⁵ Cfr. rispettivamente U.S. S.Ct., *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015) e *Lawrence and Garner v. Texas*, 539 U.S. 558, 586 (2003), su cui v. L. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare not Speak its Name*, in *Harv. L. Rev.* 2004, 1893 ss. Per questa interpretazione di *Obergefell* v. K.YOSHINO, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, in *Harv. L. Rev.* 2015, 150, 159 ss., 167 ss.

istituto, presenti invece in diverse costituzioni continentali (v. par. 3.1. e 3.3), ma hanno comunque accantonato, forti di un mutamento del sentire sociale e di un'evoluzione del diritto in numerosi stati, a livello sia legislativo che giurisprudenziale, l'argomento della tradizione, che pure veniva normalmente vagliato nell'interpretazione del XIV emendamento¹⁰⁶. Per certi versi simile è la critica che una parte della dottrina ha rivolto alla configurazione delle libertà riproduttive secondo una concezione prettamente negativa del *right to privacy*, teso a proteggere la donna da interferenze da parte dei pubblici poteri. Un'impostazione siffatta legittimerebbe infatti una sorta di irresponsabilità dello stato per ciò che concerne la creazione delle precondizioni economico-sociali di una «giustizia riproduttiva» e di una cittadinanza egualitaria. Tali precondizioni, volte non solo ad assicurare la scelta di abortire ma anche a rimuovere le cause che spingono le donne verso di essa e ad assistere, da un punto di vista sanitario e finanziario, quelle di loro che abbiano deciso di partorire, vanno pensate come afferenti alla dimensione istituzionale e oggetto di diritti positivi¹⁰⁷.

Venendo al tema dell'efficacia orizzontale dei diritti, molte critiche sono state mosse, a partire dagli anni cinquanta e sessanta, alla *state action doctrine*, che paralizza le azioni intentate da un privato per violazione di un diritto costituzionale da parte di un altro privato, salvo che non si provi uno stretto nesso tra il comportamento del privato e l'organizzazione statale, oppure lo svolgimento, da parte del privato, di una funzione sostanzialmente pubblica. Tale dottrina veniva giustificata originariamente perché il rimedio a violazioni siffatte era offerto dal *common law*. Essa si è rivelata particolarmente resistente sia per ragioni legate alla struttura federale (il diritto privato, elaborato anzitutto attraverso il *common law* e in via integrativa attraverso lo *statutory law*, è tendenzialmente materia degli stati membri), sia per una concezione più "categoriale" dei diritti statunitensi, apparentemente meno aperti alle operazioni contestuali richieste dal principio di proporzionalità¹⁰⁸. E, tuttavia, il requisito della *state action* è sembrato a molti anacronistico, dal momento che diversi diritti costituzionali (come la *privacy*, la libertà di espressione, il diritto a non essere discriminati), non sono oggi tutelati nell'ambito del *common law*. Inoltre, la dottrina appare incoerente sotto diversi profili, sia che si adotti un approccio giuspositivistico

¹⁰⁶ Ivi, 151 ss., 162 ss. Per l'impostazione superata da *Obergefell v. US S.Ct.*, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), rispettivamente in materia di fine vita e di educazione.

¹⁰⁷ Cfr. FLEMING, MCCLAIN, *Ordered Liberty*, cit., 75 ss., facendo proprie le posizioni di Robin West (ma il tema ritorna con diversi accenti presso le giuriste *feminist*, tra cui R. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stan. L. Rev.* 1992, 261 ss.). La decisione della Corte Suprema in cui è stato incluso un diritto all'aborto nel *right to privacy* è notoriamente *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); la giurisprudenza successiva, nel rimarcare i profili di *autonomy*, *liberty* ed *equality*, ha preso in parte le distanze dall'impostazione originaria. V. almeno *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), ma ad essa sono seguite decisioni in controtendenza come *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), o altre più concentrate sulla precisazione dell'*undue burden test*, come *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016). Ritornano su una concezione non negativa, ma positiva e promozionale dei diritti FLEMING, MCCLAIN, *Ordered Liberty*, cit., 114-115.

¹⁰⁸ Cfr. più recentemente M. KUMM, V.F. COMELLA, *What is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in A. Sajó, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations*, cit., 265 ss. Sulla persistenza della *state action doctrine* v. anche la ricostruzione di GERBIG, *Grundrecht auf staatlichen Schutz*, cit., 185 ss.

(poiché tutto il diritto legislativo o giurisprudenziale promana dallo stato, e quindi vi è sempre *state action*), sia che si adotti un approccio giusnaturalistico o consensuale (poiché la protezione del diritto va ricondotta al suo carattere innato o all'espressione di valori fondamentali della comunità, e una sua violazione non è dunque meno intollerabile se commessa da un privato)¹⁰⁹. È stato del resto dimostrato che l'efficacia orizzontale dei diritti si produce nell'ordinamento americano per vie alternative a quella dell'applicazione diretta, come l'interpretazione più espansiva, in puntuali costellazioni, del medesimo requisito della *state action*, l'imposizione allo stato di obblighi di prestare servizi a persone che versano in condizioni di particolare vulnerabilità, il ruolo integrativo e complementare del principio di eguaglianza, il principio di supremazia della costituzione e del diritto federale. Anche se l'organizzazione del potere giudiziario e i meccanismi di *constitutional adjudication* non assicurano sempre alla Corte Suprema un controllo sull'interpretazione del diritto statale, la clausola di supremazia e il carattere generalista della corte sono fattori che stimolano il prodursi, concretamente, di un'efficacia orizzontale dei diritti di tipo indiretto¹¹⁰. Semmai, può condividersi il rilievo secondo cui l'efficacia dei diritti fondamentali verso i privati, anche indiretta, è più frequente e intensa negli ordinamenti la cui costituzione riconosce i diritti sociali (o comunque il principio dello stato sociale), non ultimo per un più sistematico coinvolgimento del legislatore a questo fine¹¹¹.

A riprova di come la distinzione tra diritti a contenuto negativo e positivo sia in fondo relativa, uno studio che ha avuto molto seguito anche in Italia ha rimarcato come non sia corretto attribuire alle tradizionali libertà civili (dal diritto di proprietà alla libertà contrattuale, dalla libertà personale ai diritti processuali) l'unica natura di diritti negativi, dal momento che siffatte libertà necessitano, per rivelarsi effettive, di misure statali di carattere normativo, organizzativo e finanziario, e cioè di leggi sui presupposti e sulle modalità di esercizio dei diritti, così come di corti e altre istituzioni, nonché di personale e risorse adeguate. Ciò presuppone l'esistenza di obblighi positivi in capo ai poteri pubblici e la raccolta di ingenti somme di denaro attraverso la tassazione¹¹².

Non sembra, dunque, che un elemento decisivo di differenziazione tra l'ordinamento americano e gli altri possa rinvenirsi sul piano della struttura dei diritti costituzionali. Piuttosto, una specificità può individuarsi sul piano sostanziale, con riguardo al riconoscimento e all'interpretazione di alcuni di essi. Il caso paradigmatico è quello della libertà di manifestazione del pensiero, assunta a *preferred freedom*, che implica una presunzione di illegittimità per gli interventi restrittivi da parte dei poteri pubblici. Di tale orientamento, frutto del primato della libertà individuale e della ricerca della

¹⁰⁹ CHERMERINSKY, *Rethinking State Action*, cit., *passim*. V. già C. BLACK, *The Supreme Court, 1966 Term – Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 14*, in *Harv. L. Rev.* 1967, 69 ss.

¹¹⁰ Insiste per un livellamento dell'*exceptionalism* statunitense, da questo punto di vista, S. GARDBAUM, *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in *Mich. L. Rev.* 2008, 391 ss.; ID., *The Structure and Scope of Constitutional Rights*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, 387 ss. V. altresì D.P. CURRIE, *Positive and Negative Constitutional Rights*, in *U. Chi. L. Rev.* 1986, 864 ss.; WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 768 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect*, in *ICoN* 2003, 79 ss.

¹¹¹ Ivi, 88 ss.

¹¹² S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, tr. it. con presentazione di C. Fusaro, Bologna, il Mulino, 2000; C.S. SUNSTEIN, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism*, cit., 93-95.

verità attraverso il libero confronto delle opinioni in un mercato delle idee, è emblematico lo spazio strettissimo lasciato dalla costituzione alla regolamentazione delle campagne elettorali e del loro svolgimento sui *media*, così come la blanda limitazione dell'*hate speech*. Ma altrettanto emblematica è la forte protezione di cui gode la libertà di stampa a fronte delle norme sulla diffamazione¹¹³.

Se tutto ciò evidenzia una prevalenza della dimensione individuale del *free speech*, sono rinvenibili anche qui elementi di compensazione. In primo luogo, nell'ambito delle interpretazioni della libertà di espressione è riemersa con particolare pregnanza la matrice repubblicana del costituzionalismo americano, che ha sottolineato il legame inscindibile della libertà di manifestazione del pensiero con la deliberazione pubblica e con il processo democratico¹¹⁴. In secondo luogo, proprio il caso che ha dato il via all'idea del *free speech* come *preferred freedom* rispetto alla tutela dell'onore e della reputazione (*New York Times v. Sullivan*), ha stabilito una penetrante efficacia verso terzi della libertà di espressione, maggiore di quanto sia stata ammessa presso altre giurisdizioni. In terzo luogo, la tesi relativa a una presunta assolutezza del I emendamento, deducibile dall'assenza di limiti espressi nel testo costituzionale, è stata alla fine recessiva. Tale tesi (difesa tra gli anni quaranta e gli anni sessanta soprattutto dal giudice testualista Black) non ha infatti ottenuto molto seguito, avendo la Corte Suprema individuato una serie di limiti impliciti al *free speech* e affermato la bilanciabilità di questo con altri diritti e interessi generali (benché non sempre costituzionali), elaborando una serie di *tests* dal diverso grado di incisività in relazione al tipo di diritto coinvolto e all'intensità dell'interferenza. Sebbene il bilanciamento statunitense abbia una matrice filosofica più pragmatica rispetto alle ponderazioni tedesche e sia meno strutturato rispetto al principio di proporzionalità, può estendersi agli Stati Uniti quanto è stato osservato per la Germania e per altri ordinamenti in cui le corti impiegano tecniche argomentative siffatte: attraverso i bilanciamenti, i giudici tengono conto di un quadro costituzionale pluralistico e cercano di trovare, per le diverse posizioni potenzialmente confliggenti, una composizione equilibrata nel singolo caso concreto attraverso l'articolazione di diversi tipi di scrutinio. Ciò implica una considerazione dei diritti in maniera non isolata, ma nel loro formare un insieme unitario: di qui il loro rilievo ordinamentale¹¹⁵.

L'altro profilo per il quale può parlarsi di una specificità americana è quello dell'assenza in costituzione dei diritti sociali. Tale assenza è riconducibile a diverse e

¹¹³ F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, ivi, 29 ss.; ID., *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, cit., 49 ss.; K.M. SULLIVAN, *Two Concepts of Freedom of Speech*, in *Harv. L. Rev.* 2010, 143 ss. Per l'idea della ricerca della libertà attraverso la competizione delle opinioni v. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919), *Holmes dissenting*.

¹¹⁴ A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948), Union, The Lawbook Exchange, 2000, su cui v. i documenti raccolti in V. BLASI (ed.), *Ideas of the First Amendment*, 2^a ed, St. Paul, West, 2012, 766 ss. Ma già U.S. S.Ct., *Whitney v. California*, 247 U.S. 357 (1927), *Brandeis concurring*.

¹¹⁵ Cfr. P. YOWELL, *Proportionality in United States Constitutional Law*, in L. Lazarus, C. McCrudden, N. Bowles (eds.), *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Hart, Kindle ed., Oxford, 2014, cap. 5; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002. Per una considerazione critica di tali operazioni nel contesto statunitense v. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L.J.* 1987, 943 ss.

concorrenti ragioni: l'antichità e la brevità del *Bill of Rights* (benché alcuni *framers* non fossero insensibili alle istanze di protezione sociale, non sono state queste ultime ad aver catalizzato la "lotta per i diritti" al tempo in cui la costituzione fu scritta); la difficoltà di emendare il testo costituzionale e il timore, in caso di approvazione di nuovi emendamenti, di un'interpretazione di questi in senso conservatore da parte del potere giudiziario (avvertito soprattutto con riferimento al *Second Bill of Rights* auspicato da Franklin D. Roosevelt); la diffidenza, comune a diversi ordinamenti di *common law*, verso la codificazione di diritti non immediatamente azionabili; la contingenza dell'elezione presidenziale di Nixon e delle sue nomine alla Corte Suprema, che hanno smorzato sul nascere una giurisprudenza favorevole alla protezione dei diritti sociali; l'operatività di un *welfare state* che ha trovato sviluppo nelle misure legislative adottate nel contesto del *New Deal*¹¹⁶. Il debole impegno pubblico per il finanziamento del *welfare*, insieme all'ostruzionismo e alla frammentazione della burocrazia, ha spinto a canalizzare le domande per la tutela dei diritti sociali sulle corti, le cui modalità di azione non appaiono però le più adeguate per la loro soddisfazione¹¹⁷. E, tuttavia, non bisogna dimenticare che i diritti sociali sono contemplati da molte costituzioni statali e che la Corte Suprema ha avviato, seppur cautamente, un percorso di riconoscimento indiretto, attraverso la loro riconduzione a posizioni proprietarie e l'applicazione del *procedural due process*¹¹⁸, un percorso che richiama alla mente sia lo *status activus processualis* häberliano (v. *supra*, 3.1), sia uno sviluppo analogo presso la Corte di Strasburgo (v. *infra*, 3.4). Inoltre, particolarmente incisiva è stata la giurisprudenza costituzionale in materia di desegregazione razziale nelle scuole, i cui risultati non sono stati revocati in dubbio nemmeno da un orientamento sulle *affirmative actions* bensì più oscillante negli esiti, ma fermo nel ribadire la centralità del valore della *diversity* nelle scuole e nelle università¹¹⁹.

Quanto appena detto a proposito del *welfare state* tocca un aspetto significativo della dimensione istituzionale dei diritti, e cioè l'intervento del legislatore allo scopo della loro promozione. I lavori di Bruce Ackerman hanno particolarmente insistito sul punto, evidenziando alcuni mutamenti costituzionali informali che si sono realizzati attraverso l'azione convergente di tutti gli organi costituzionali (dunque non solo della Corte Suprema): ciò vale sia per il *New Deal*, che ha contrassegnato una fase di intervento statale nell'economia, anche a fini sociali, sia per la *Civil Rights Revolution*, in cui l'adozione di alcuni *landmark statutes* è stata decisiva per il conseguimento di

¹¹⁶ C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004; ID., *Why Does*, cit., 95 ss.; GARDBAUM, *The Myth and the Reality*, cit., 446 ss. Per la giurisprudenza della Corte Suprema che ha negato ai diritti sociali il carattere di *fundamental rights* ai sensi del *due process* sostanziale v. *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970); *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972), e soprattutto *Rodriguez*, cit. Sullo stato sociale statunitense cfr. altresì A. PIERINI, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 2003.

¹¹⁷ J. KING, *American Exceptionalism over Social Rights*, in L. Lazarus et al. (eds.), *Reasoning Rights*, cit., cap. 18.

¹¹⁸ Cfr. US S.Ct., *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Sulle fondamenta teoriche di questo orientamento v. C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale L. J.* 1964, 733 ss.

¹¹⁹ Cfr. KING, *American Exceptionalism*, cit. Sulla desegregazione v. *Brown v. Bd. of Education I*, 347 U.S. 483 (1954); *Aaron v. Cooper*, 357 U.S. 566 (1958); *Green v. New Kent County*, 391 U.S. 430 (1968); *Swann v. Charlotte Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); sulle *affirmative actions* in ambito educativo v. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016).

un'effettiva eguaglianza razziale¹²⁰. Ora, per quanto si possa mettere in discussione la capacità di tenuta delle conquiste del *New Deal* nei decenni successivi, e sottolineare lo slittamento delle funzioni del governo dal polo dell'intervento a quello della regolazione¹²¹, non si può negare che alcune delle leggi approvate dal Congresso, sostenute da una consistente e durevole mobilitazione popolare, appoggiate dal Presidente e non censurate dalla Corte Suprema, abbiano finito per dare corpo a una codificazione dei diritti e allo svolgimento di principi costituzionali a maglie larghe (soprattutto la *due process clause* e la *equal protection clause*). Per questo motivo, esse sono state descritte come *landmark statutes*, capaci di plasmare il canone costituzionale¹²². Ci si può chiedere, a questo punto, se l'*Affordable Care Act*, la legge di riforma sanitaria voluta dal presidente Barack Obama ed oggetto di un'intensa discussione pubblica, possa essere ascritto a questa categoria di leggi. Per un verso, tale normativa ha superato, seppur con alcune significative precisazioni, due decisivi giudizi davanti alla Corte Suprema, e ciò consente di affermare che il diritto alla salute goda oggi, nell'ordinamento statunitense, di una protezione più estesa rispetto ad alcuni anni fa, grazie al complesso quadro che risulta dall'intreccio della disciplina statale e di quella federale, dal coinvolgimento di attori pubblici e privati, dall'azione di corti statali e federali¹²³. Per l'altro verso, l'assenza di un ancoraggio costituzionale di tali diritti ne rende la tutela più precaria e rimanda, per la loro effettività, al continuo sostegno da parte degli organi politici, federali e statali, delle corti e della società. Uno degli aspetti più problematici della tesi di Ackerman è invero il rapporto tra la costituzione, il *landmark statute* e il diritto di natura legislativa o giudiziaria venuto in essere in seguito, mentre l'*entrenchment* di mutamenti costituzionali informali richiede una

¹²⁰ Cfr. soprattutto B. ACKERMAN, *We The People, II, Transformations*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1998; ID., *We the People, III, The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2014. Le critiche rivolte da alcuni autori alla ricostruzione ackermaniana hanno riguardato aspetti marginali ai fini del discorso qui svolto e possono essere lasciate da parte.

¹²¹ Cfr. M.V. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

¹²² ACKERMAN, *We the People, III, The Civil Rights Revolution*, cit., 32 ss. e *passim*.

¹²³ Cfr. US S.Ct., *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius et al.*, 567 U.S. (2012); *King v. Burwell*, 576 U.S. (2015). Configura l'*Affordable Care Act* come *Framework Statute*, assimilabile alla legislazione sociale del *New Deal* e al *Civil Right Act* del 1964, J. BALKIN, *The Supreme Court Reaffirms the Social Contract: the ACA as a Framework Statute*, in *balkin.blogspot.com* (giugno 2015). Il concetto di *framework statute* richiama quello di *framework originalism*, relativo a un'interpretazione costituzionale che si svolge bensì nella cornice individuata dal testo normativo, ma anche in maniera dinamica, con l'apporto degli organi politici e delle forze sociali. Su di esso cfr. J. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 21 ss. In una prospettiva analoga, e sottolineando una divaricazione del modello dell'ACA da quello più tradizionale del *New Deal*, v. D.A. SUPER, *The Modernization of American Public Law: Health Care Reform and Popular Constitutionalism*, in *Stan. L. Rev.* 2014, 889 ss., che ravvisa nel dibattito pubblico sull'ACA le premesse di un *constitutional moment*. Per una ricostruzione dell'approvazione della misura, delle due pronunce della Corte Suprema e dell'approccio interpretativo di quest'ultima v. M. MINOW, *Affordable Convergence: "Reasonable Interpretation" and the Affordable Care Act*, in *Harv. L. Rev.* 2013, 117 ss.; A. GLUCK, *Imperfect Statutes, Imperfect Courts: Understanding Congress's Plan in the Era of Unorthodox Lawmaking*, in *Harv. L. Rev.* 2015, 62 ss. Che l'effettività della protezione dei diritti sociali debba risultare dall'azione concomitante di soggetti diversi è riconosciuto anche da chi ne ha sottolineato la necessità da un punto di vista morale, ma ha altresì rilevato le incertezze legate – in un contesto «non-ideale» – a un tipo di tutela incentrato prevalentemente sull'azione della Corte Suprema: cfr. F.I. MICHELMAN, *Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away*, in *Icon* 2008, 663 ss.

verifica su un arco di tempo relativamente lungo. Molto dipenderà, dunque, dalle scelte dei *political branches* nel prossimo decennio. La recentissima elezione di Donald Trump, con la contestuale maggioranza repubblicana in entrambe le camere, fa temere un cospicuo ridimensionamento dell'*Affordable Care Act*, anche se il neo-presidente sembra aver escluso un'abrogazione integrale della legge e il suo partito appare diviso sulla proposta sostitutiva¹²⁴. In assenza di diritti sociali costituzionalmente garantiti, e con un corpo di precedenti che attiene soprattutto al profilo della competenza della legge federale, sarà comunque più difficile per la Corte Suprema – destinata ad avere una nuova maggioranza *conservative* – attrarre la riforma sanitaria nel canone costituzionale.

3.3. L'esperienza italiana

Ragionare di “dimensioni” dei diritti fondamentali non è stato immediato nemmeno per la dottrina italiana, che si è trovata inizialmente ad affrontare il tema delle libertà costituzionali con gli strumenti della cultura giuridica fino ad allora prevalente, cioè la giuspubblicistica dello stato di legislazione, soprattutto nella sua matrice tedesca, mediata da autori come Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Oreste Ranelletti¹²⁵. Pur nel mutato contesto costituzionale, alcune teorie dei diritti fondamentali sono state edificate sulla sistematica jellinekiana, e in particolare sull'*Abwehrrecht*, laddove la libertà è stata definita nei termini di un dovere di astensione, posto in capo ai soggetti passivi del rapporto giuridico e privo di un'oggetto specifico. Altre teorie, invece, sono state costruite intorno a un modello strutturale che ha risentito fortemente della sistemazione privatistica delle situazioni giuridiche soggettive, e in particolare della distinzione tra diritto assoluto (con il correlativo dovere di astensione da parte dello stato e di terzi) e diritto relativo (con il correlativo obbligo di prestazione a carico della controparte)¹²⁶. Alcune di queste posizioni, peraltro, si sono

¹²⁴ Cfr. M. LANGLEY, G. BAKER, *Donald Trump, in Exclusive Interview, Tells WSJ He is Willing to Keep Parts of Obama Health Law*, in *wsj.com* (consultato l'11 novembre 2016); P. WINFREE, B. BLASE, *How to Repeal Obamacare: A Road Map for the GOP*, in *politico.com* (consultato l'11 novembre 2016). Nel 2015 il Congresso, a maggioranza repubblicana in entrambe le camere, aveva provato ad abrogare diverse norme dell'*Affordable Care Act*, scontrandosi però nel veto presidenziale: v. B. OBAMA: *Message to the House of Representatives Returning Without Approval the Restoring Americans' Healthcare Freedom Reconciliation Act of 2015*, dell'8 gennaio 2016, consultato in *presidency.ucsb.edu*. Nel primo *executive order* adottato da Presidente, Trump ha imposto all'amministrazione federale la minimizzazione dei costi nell'attuazione dell'*Affordable Care Act*: cfr. *Executive Order Minimizing the Economic Burden of the Patient Protection and Affordable Care Act Pending Repeal*, del 20 gennaio 2017 (consultato su *whitehouse.gov*), mentre un primo *Health Bill*, abrogativo e sostitutivo dell'ACA, è stato ritirato per il mancato supporto di un numero sufficiente di deputati repubblicani, cfr. R. PEAL, T. KAPLAN, M. HABERMAN, *In Major Defeat for Trump, Push to Repeal Health Law Fails*, in *nytimes.com* (consultato il 24 marzo 2017). Un secondo *Bill*, contenente il progetto dell'*American Health Care Act*, è stato poi approvato dalla Camera dei Rappresentanti a strettissima maggioranza: cfr. T. KAPLAN, R. PEAR, *House Passes Measure to Repeal and Replace the Affordable Care Act*, in *nytimes.com* (consultato il 5 maggio 2017).

¹²⁵ Cfr. criticamente G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, v. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 272-273; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, 59 ss.; BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 47 ss., 223 ss., 272; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 79-80.

¹²⁶ Cfr. rispettivamente P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, v. I, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 1991, 235 ss., 269 ss.; ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2^a ed., Padova,

caratterizzate per una marcata diffidenza rispetto alla dimensione oggettiva dei diritti – soprattutto quella democratico-partecipativa –, muovendo dalla preoccupazione, di origine liberale, di una inaccettabile funzionalizzazione delle libertà individuali, e segnatamente della libertà di manifestazione del pensiero¹²⁷. Quanto appena rilevato non intende suggerire la scarsa rilevanza della dimensione difensiva o del profilo strutturale – che invero restano decisivi – ma solo rimarcare la parzialità di ricostruzioni dei diritti che rimangano incentrate solamente sull’uno o sull’altro aspetto.

Non stupisce, quindi, che a partire dagli anni sessanta – e in misura crescente fino agli anni duemila – si siano manifestati tentativi di inquadrare il problema delle libertà costituzionali e dei diritti fondamentali da prospettive metodologiche che fossero maggiormente in sintonia con la costituzione pluralistica del 1948 e con la questione, da essa avvertita come prioritaria, dell’effettività dei diritti. Si tratta di ricostruzioni che hanno sottolineato la problematicità dell’impiego di una concezione della libertà propria della teoria liberale (riferita all’individuo astratto e isolato, nonché bisognoso di preservare spazi di non-interferenza dal potere statale) anche nel contesto democratico e pluralista. A quest’ultimo si addice anche in Italia la formula dell’*homme situe*¹²⁸, un individuo immerso in un universo di valori plurali, che forma la propria identità attraverso legami sociali, partecipa al processo politico su basi di eguaglianza e a tal fine aspira a un miglioramento delle proprie condizioni materiali. Alla luce di ciò, un gruppo consistente di autori ha spostato l’attenzione sul contenuto dei diritti fondamentali – e quindi sui valori da essi racchiusi –, sul loro rilievo sistematico e ordinamentale (comprensivo della loro funzione costitutiva della società politica), e sugli strumenti di garanzia per renderne effettiva la tutela. Per alcuni di tali autori – ma non per tutti – la dottrina tedesca ha rappresentato un interlocutore privilegiato¹²⁹.

Cedam, 2008, 22 ss. e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed. agg., Padova, Cedam, 2003, 59 ss., 94 ss., laddove il primo concepisce la libertà come una situazione giuridicamente inattiva (nel senso che è indifferente alle azioni compiute dal singolo nel suo ambito), mentre il secondo definisce il contenuto delle libertà in termini di *agere licere*, e cioè attraverso il loro esercizio.

¹²⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, spec. 8; PACE, *Problematica*, cit., 83 ss.; ID., in ID., M. Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 2006, 37 ss., 316 ss. Sulle ragioni di questo approccio v. M. MANETTI, *La cultura dei diritti nell’opera di Alessandro Pace*, in *Dir. pubbl.* 2012, 733 ss.

¹²⁸ V. *supra*, n. 71.

¹²⁹ Oltre a P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1947, 143 ss., 215 ss., cfr. soprattutto, per un quadro generale e con accenti diversi, AMATO, *Libertà*, cit., 276 ss.; BARBERA, *Art. 2*, cit., 50 ss.; CASSETTA, *Diritti*, cit., 795 ss.; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. Dir.* 1976, 291 ss.; ID., *Diritti della persona*, cit., *passim*; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 96 ss. e, con particolare attenzione alla multidimensionalità dei diritti, *ivi*, 148 ss.; ID., *Garanzie dei diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, in *Parolechiave* 1999, 42 ss.; ID., *Diritti di libertà*, cit., 1 ss. V. altresì O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 197 ss., 309 ss.; A. D’ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, VII ss. e, sul nesso tra diritti e garanzie, FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 26 ss., 156 ss., 345 ss. La conoscenza della prospettiva dimensionale e funzionale dei diritti è stata agevolata dalla pubblicazione in lingua italiana del saggio di H.P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, tr. it. a cura di P. Ridola, in *Dir. soc.* 1979, 199 ss. e della monografia di P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit.

L'inquadramento dei diritti fondamentali come valori ha risentito quindi – in maniera più o meno diretta – dell'esperienza tedesca, sia nella versione della teoria smendiana che in quella dell'etica materiale dei valori¹³⁰. Ma non sono mancate variazioni significative, che hanno riferito i valori – più che a orientamenti giusnaturalistici – alla loro affermazione nella storia e nella cultura, riprendendo in questo campo la teoria mortatiana della costituzione materiale¹³¹. Anche nel caso italiano, peraltro, si ritiene che i valori siano rilevanti in quanto positivizzati dalla costituzione e tradotti in principi costituzionali¹³². La chiave di volta del sistema costituzionale di protezione dei diritti è rappresentata dagli art. 2 e 3 comma 2 Cost., in cui vengono sanciti il principio-valore personalista, quello pluralista, quello solidarista e quello di eguaglianza sostanziale. Se, da un lato, i valori pongono in primo piano il contenuto del diritto, dall'altro rafforzano – se osservati nel loro insieme – la funzione di integrazione della costituzione. Ma la dimensione assiologica dei diritti è percepibile anche in diversi ambiti della giurisprudenza costituzionale: significative sono anzitutto le pronunce sui nuovi diritti, che hanno fatto leva su un principio di autodeterminazione o di libertà-dignità e che, diversamente dal BVerfG, hanno ricondotto tale principio ai diritti enumerati, non elaborando un diritto generale della personalità e ridimensionando così la disputa circa la natura aperta o chiusa della clausola sui diritti inviolabili¹³³. Occorre ricordare, inoltre, il filone sui principi supremi che, esprimendo il nucleo

¹³⁰ Particolarmente evidente è il nesso tra valori e diritti fondamentali in BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., XVI-XVII, 13 ss., 21 ss., 44 ss., 234 ss., 299 ss. Più in generale, sul significato dei valori nelle costituzioni del pluralismo ID., *Costituzione e teorie dei valori*, *Pol. dir.* 1991, 639 ss.; V. altresì, tra i molti e da angolature differenti, M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 170 ss.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. pubbl.* 1998, 1 ss.; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Napoli, Jovene, 2007, *passim* e spec. 324 ss.; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *archivio.rivistaaic.it* (2009). Si riscontra, al contempo, la preoccupazione di prendere le distanze da un'interpretazione della teoria smendiana che sfoci in un completo avvolgimento del singolo nella comunità, con un possibile schiacciamento della libertà individuale: cfr., tra gli altri, CHESSA, *Libertà fondamentali*, cit., 226 ss.

¹³¹ BARBERA, *Art. 2*, cit., 85, 91, 121.

¹³² Diversamente dal contesto tedesco (su cui v. per tutti ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 125 ss.), in quello italiano alcuni autori tendono a prospettare una marcata divaricazione tra valori e principi costituzionali: cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2002, 872 ss., sul valore come «bene finale» che richiede «attività teleologicamente orientate» e sul principio come «bene iniziale» che richiede attività «conseguenzialmente orientate». Contesta il carattere finalistico dei valori in nome della loro incondizionata idealità BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 302-303. Per una posizione che, in contesti diversi, valorizza entrambi gli autori appena menzionati v. F. MODUGNO, *Divagazioni su "principi" e valori". Dai principi ai valori costituzionali o viceversa?*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, v. III, Milano, Giuffrè, 2015, 2026 ss., 20148 ss. Per una considerazione dei diritti come principi che richiedono una concretizzazione (nel senso di determinazione dei contenuti deontici) da parte del giudice e del legislatore v. BALDINI, *La concretizzazione*, cit., *passim*.

¹³³ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995. Sul binomio libertà-dignità v. altresì BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 280 ss. Cfr. inoltre A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.* 1991, 343 ss.; più recentemente, in una prospettiva storica, RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 86 ss., 132 ss. e, con considerazioni generali, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma Bari, Laterza, 2012, 179 ss. Sull'art. 2 come clausola a fattispecie aperta v. BARBERA, *Art. 2*, cit., 80 ss., 102 ss.; per il diverso approccio v. PACE, *Problematica*, cit., 20 ss. Sulla via mediana seguita dalla Corte costituzionale v., tra gli altri, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 54 ss.

dell'identità costituzionale, individua un limite all'integrazione con altri ordinamenti e alle revisioni costituzionali¹³⁴, quello sull'uso del canone di ragionevolezza, che implica un raffronto tra la disciplina legislativa, i fatti del caso concreto e il sistema di valori della costituzione¹³⁵, e infine lo stesso porsi dei diritti come parametro costituzionale¹³⁶.

È chiaro che, nella misura in cui la dimensione assiologica dei diritti riporta al principio di ragionevolezza, riemergono tutte le questioni relative al bilanciamento osservate più in alto (par. 3.1.), inerenti al potenziale svilimento del significato del testo costituzionale, alla relativizzazione della normatività della costituzione, all'appiattimento dei profili dogmatici dei singoli diritti e alla discrezionalità del giudice costituzionale¹³⁷. Credo, peraltro, che operazioni siffatte siano consustanziali alle costituzioni pluralistiche contemporanee e che, anziché contrastarle a priori, occorra insistere sul perfezionamento dei protocolli argomentativi che le corti costituzionali hanno elaborato per controllare razionalmente il percorso motivazionale.

Una strada parallela – ma non necessariamente alternativa – è percorsa da chi ha inquadrato i diritti non più, in via prioritaria, come situazioni soggettive, ma come «istituzioni della libertà». Si tratta di un approccio che, muovendo da una concezione sociale di quest'ultima, ha richiamato l'attenzione non solo sulla compresenza, in tali

¹³⁴ Cfr. F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in Id., A.S. Agrò, A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 280 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, 151 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione: principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015 e, con particolare riguardo ai rapporti con il diritto dell'Unione europea, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹³⁵ La bibliografia sul tema è ormai sterminata. Mi limito a richiamare L. PALADIN, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, v. I, Milano, Giuffrè, 1997, 899 ss.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1994 e 2005; J. LUTHER, *Ragionevolezza*, in *Digesto disc. pubbl.* 1997, v. XII, Utet, Torino, 1997; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. II, cit., 185 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, ESI, 2009; AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Atti del Convegno di studi (Roma, 2-4 ottobre 2006)*, vv. I-II, Roma, Aracne, 2007; PINO, *Diritti e interpretazione*, cit.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *cortecostituzionale.it* (ottobre 2013).

¹³⁶ In questa angolatura può apprezzarsi la tesi dei diritti costituzionali come norme di riconoscimento di tipo sostanziale formulata da G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma Bari, Laterza, 2002, 7 ss., 25 ss., 102 ss. V. altresì RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 171.

¹³⁷ Hanno richiamato l'attenzione su problemi siffatti, con diversi accenti, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 231 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari*, ivi, 44 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, ivi, 90 ss.; M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam, 1998, 45 ss.; V. ANGIOLINI, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in Id. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, 13 ss.

istituzioni, di posizioni differenti che necessitano di una disciplina normativa per essere conservate nel loro equilibrio, ma anche di un'azione del legislatore in funzione promozionale volta al potenziamento, attraverso le istituzioni, dell'effettività dei diritti fondamentali¹³⁸. Una prospettiva siffatta si è lasciata alle spalle la concezione delle garanzie di istituto propugnata da Schmitt, considerata di scarsa pertinenza con riguardo alla costituzione dell'Italia repubblicana. In proposito, nell'ambito dell'art. 41 Cost. e muovendo dal significato schmittiano della garanzia di istituto come protezione di un microsistema di norme preesistente alla costituzione, è stato negato recisamente che la libertà di impresa potesse godere di una tale garanzia nell'ordinamento costituzionale italiano. A questo è insito invero un progetto di trasformazione sociale che richiede mutamenti normativi sostanziali, incompatibili con l'idea tradizionale della garanzia di istituto, la quale tende a mantenere e a stabilizzare lo *status quo*¹³⁹.

Se, dunque, la garanzia di istituto vuole aspirare ad avere un ruolo tra le garanzie dei diritti nell'ambito delle costituzioni del pluralismo, deve porsi – come si è visto per l'esperienza tedesca – al di là della dicotomia schmittiana. Presupponendo una capacità di dinamismo interno, essa può così andare oltre la mera cristallizzazione di complessi normativi pre-costituzionali e favorire la complementarietà tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva. In questa luce, dunque, non necessariamente le garanzie di istituto si accompagnano a una matrice ideologica conservatrice¹⁴⁰. Occorre peraltro ricordare come, nella costituzione italiana più che nella Legge fondamentale tedesca, alcune garanzie di istituto possano essere radicate anche nella protezione delle formazioni sociali di cui all'art. 2, la cui tutela consiste sia in un'astensione dello stato dall'interferire con la vita spontanea dei gruppi, sia nell'adozione di misure volte a correggere la loro azione, qualora risulti costringitiva rispetto all'autonomia del singolo, sia nel contestuale rafforzamento del pluralismo sociale e del libero sviluppo della personalità¹⁴¹.

Gli ambiti di riferimento privilegiati della prospettiva istituzionale restano comunque il diritto di proprietà, la libertà di stampa e il matrimonio. Quanto al primo, la costituzione contempla, accanto alla tradizionale libertà negativa (che ha perso invero il

¹³⁸ Cfr. BARBERA, *Art. 2*, cit., 57 ss., 67 ss.; BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 98 ss., 243-244, 291 ss. (limitatamente ad alcuni diritti e con una certa cautela dinanzi ai rischi di letture pan-istituzionaliste); RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 168 ss.; ID., *Diritti di libertà*, cit., 6 ss. Per una valorizzazione recente della dimensione istituzionale v., da angolazioni differenti, PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, cit., 39 ss., 131 ss., riprendendo un filone della dottrina anglosassone, e G. ZAGREBELSKY, *Prefazione all'edizione italiana*, in Honneth, *Il diritto della libertà*, cit., XI ss., a partire dall'ultimo lavoro di Alex Honneth menzionato *supra*, n. 71.

¹³⁹ Sul punto v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 47 ss.

¹⁴⁰ Cfr. BARBERA, *Art. 2*, cit., 72 ss.; BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 299-300; ID., *Diritti della persona*, cit., 98, n. 223 p. 99; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 169-170; ID., *Diritti di libertà*, cit., 11 ss. Occorre ricordare che BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 91 ss., ripreso da MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, cit., 104-105, ravvisa nel contenuto essenziale e nelle garanzie di istituto due garanzie tipiche rispettivamente dei *diritti inviolabili generali* (i diritti dell'uomo e del cittadino) e dei *diritti inviolabili speciali* (i diritti economici ed etico-sociali), ma tale distinzione non combacia sempre con le categorie utilizzate dalla Corte costituzionale italiana (e soprattutto dal BVerfG).

¹⁴¹ V. soprattutto C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., v. II, Padova, Cedam, 1976, 1158; ID., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, v. III, Milano, Giuffrè, 1978, 1565 ss. Cfr. altresì BARBERA, *Art. 2*, cit., 101 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla costituzione*, v. I, Torino, Utet, 2006, 50 ss.

carattere della fundamentalità) e all'obbligo di indennizzo in caso di espropriazione, un compito esteso del legislatore di conformazione a fini sociali. La giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni sessanta, ha delineato i criteri per distinguere la riserva di legge a fini conformativi (art. 42 comma 2) da quella a fini sostanzialmente espropriativi (art. 42 comma 3). La prima si rivolge a categorie generali di beni, in ragione di loro caratteri intrinseci, e il controllo da parte della Corte costituzionale è volto a verificare il rispetto del vincolo sociale impresso alle situazioni proprietarie. La seconda riguarda limitazioni, a titolo individuale e senza corrispondenza con criteri predefiniti, di diritti già riconosciuti, suscettibili di rendere il bene sostanzialmente inutilizzabile da parte del proprietario¹⁴².

Relativamente alla libertà di stampa, le costituzioni del pluralismo hanno chiaramente segnato il passaggio da una concezione individualistica e liberale del diritto, in cui l'attività creativa ed espressiva individuale veniva protetta rispetto a restrizioni preventive da parte dello stato, a una concezione democratica e sociale, nella misura in cui la costituzione e la giurisprudenza costituzionale hanno riconosciuto, per un verso, il significato imprescindibile della stampa per la formazione dell'opinione pubblica e, per l'altro, il ruolo decisivo della proprietà dei mezzi di comunicazione ai fini della materiale trasmissione delle opinioni. Di qui, l'esigenza di norme che assicurino il rispetto della concorrenza e della parità delle *chances*, il valore del pluralismo e l'accesso alle informazioni. In un contesto siffatto, la libertà di stampa come garanzia di istituto deve puntare all'equilibrio tra le posizioni giuridiche di soggetti diversi: il diritto del giornalista all'espressione del proprio pensiero, nonché il diritto alla ricerca e alla riservatezza delle fonti utilizzate, il diritto dell'editore alla proprietà dei mezzi di comunicazione, insieme alla libertà d'impresa e al diritto allo sviluppo di una linea politico-editoriale, il divieto di dar luogo a formazioni monopolistiche, il diritto dei soggetti professionali che operano nell'ambito del processo di stampa, il diritto dei lettori a ricevere le informazioni (o, altrimenti e più semplicemente, la loro libertà di informarsi). Il rilievo della dimensione istituzionale e quindi il vincolo sull'operatore dell'informazione (in misura maggiore per il concessionario del servizio pubblico e minore per le imprese private titolari di licenza) cresce ulteriormente nel settore radiotelevisivo, dove la mediazione statale si rende necessaria a fronte della scarsità delle frequenze utilizzabili, per assicurare l'eguale opportunità di accesso al mezzo e il rispetto del principio del pluralismo. Per contro, lo sviluppo della tecnologia digitale ha favorito processi di indifferenziazione e convergenza dei mezzi di comunicazione, ridimensionando i problemi relativi all'assegnazione di risorse scarse¹⁴³.

¹⁴² Cfr. Corte cost., sentt. nn. 6/1966, 20/1967, 55/1968, 56/1968, 37/1969, 79/1971, su cui v. A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1971, 962 ss. Da un punto di vista diverso, ma ancora nell'ambito della prospettiva istituzionale, v. S. RODOTÀ, *Art. 42*, in Id., F. Galgano (a cura di), *Rapporti economici*, t. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna Roma, Zanichelli, 1972, 104 ss., 121 ss. Torna sul problema della tensione tra potere conformativo e potere espropriativo del legislatore R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in Id., P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, v. I, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2006, 211 ss.

¹⁴³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)*, in *Pol. dir.* 1986, 579 ss. V. altresì M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.* 1989, 605 ss.; P. BARILE, E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, Bologna, il Mulino, 1976 e lo stesso E. CHELI, *L'informazione giornalistica in Italia: linee di una ricerca e proposte di riforma*, ivi, 28-29, sulla

Per quanto riguarda l'istituzione del matrimonio, un banco di prova per mettere allo scoperto i nodi che si celano dietro la garanzia di istituto è la giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio omosessuale e divorzio imposto, nonché la legge sulle unioni civili¹⁴⁴. Sia i più recenti studi tedeschi sulla garanzia di istituto, sia i contributi italiani sul concetto di formazione sociale, hanno evidenziato la complementarità del momento individuale e di quello istituzionale, con una tendenza, anche giurisprudenziale, a una più netta valorizzazione del primo. La Corte costituzionale ha consolidato il paradigma eterosessuale del matrimonio, sbarrando la strada (almeno per il momento) a una estensione dell'istituto alle coppie omosessuali¹⁴⁵. Ci si può chiedere, però, se il percorso imboccato dalla Corte, in ordine a una netta divaricazione della tutela (art. 29 per le coppie eterosessuali e art. 2 per quelle omosessuali), non presenti qualche criticità.

La caratteristica specifica della garanzia di istituto è quella di predisporre un duplice livello di protezione del diritto: da una parte, impedisce lo svuotamento del suo contenuto; dall'altra, conferisce al legislatore il compito di conformarlo. Poiché l'esercizio dell'autonomia, quale oggetto della garanzia di istituto, necessita di un "complesso normativo" come suo presupposto, credo che la Consulta abbia correttamente escluso l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali in via giurisprudenziale. Ciò non toglie, però, che possa essere il legislatore, proprio nello

qualificazione della stampa come servizio pubblico (v. anche Corte cost., sent. n. 94/1977); U. DE SIERVO, *Stampa (Libertà di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 577 ss.; P. COSTANZO, *Stampa (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, v. XIV, Torino, Utet, 1999, 525 ss. Per un'impostazione della libertà di stampa più prossima al modello individualistico v. A. PACE, in *Id.*, M. Manetti, *Art. 21*, cit., 316 ss., 345 ss. I diversi approcci alla libertà di manifestazione del pensiero sono chiariti da M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, v. II, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2006, 767 ss. Per un quadro comprensivo anche del settore radiotelevisivo e delle comunicazioni elettroniche v. R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 8^a ed., Lavis, Cedam, 2013; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5^a ed., Bologna, il Mulino, 2013; A. FRIGNANI, E. Poddighe, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁴⁴ Sulla questione v., tra i molti e in una prospettiva comparativa, A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci, 2014 e, con particolare riferimento alla garanzia di istituto, *Id.*, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, *ivi*, 199 ss.; F. SAITTO, *Finché il "divorzio imposto" non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, *ivi*, 173 ss. V. altresì D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, Springer, 2014; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti: i percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 1 ss.; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *gruppodipisa.it* (giugno 2013), par. 9 ss. Tra i commenti alle sentt. nn. 138/2010 e 174/2014 della Corte costituzionale cfr. almeno R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco". Nota a Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138*, in *Giur. Cost.* 2010, 1629 ss.; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *forumcostituzionale.it* (luglio 2014); F. SAITTO, *L'incostituzionalità del "divorzio imposto" tra rettificazione di sesso e tutela del "pregresso vissuto" della coppia*, in *Giur. cost.* 2014, 2706 ss.; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *articolo29.it* (giugno 2014). La legge finalmente approvata, recante il titolo *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, è la n. 76 del 2016.

¹⁴⁵ Corte cost., sentt. nn. 138/2010 e 174/2014.

svolgimento del compito conformativo a lui assegnato, a consentire a tali coppie l'accesso all'istituto, con norme legislative che, una volta assoggettate al controllo della Corte costituzionale, dovranno rispettare – in quanto leggi di conformazione – il contenuto essenziale del diritto. Difficilmente potrà sostenersi, al riguardo, che l'ampliamento della sfera dei titolari del diritto alle coppie omosessuali comporti una riduzione (addirittura fino allo svuotamento) della protezione già goduta dalle coppie eterosessuali. Una conclusione siffatta richiede, ovviamente, che nell'interpretazione dell'art. 29 Cost. si adotti un approccio non originalista o storicista ma uno di tipo evolutivo¹⁴⁶, capace di riconoscere i mutamenti avvenuti nella coscienza sociale, tanto più se incorporati in una legge parlamentare. Gli esempi che provengono dal panorama comparativo sembrano andare in questa direzione: lasciando da parte il pur significativo caso americano, la cui costituzione non prevede una specifica norma sul matrimonio o sulla famiglia¹⁴⁷, vale la pena richiamare la sentenza del *Tribunal constitucional español*, che ha salvato la legge sui matrimoni *same-sex*, interpretando in maniera evolutiva la garanzia di istituto del matrimonio, e la giurisprudenza del BVerfG, che ha progressivamente esteso alle coppie omosessuali, attraverso la leva del principio di eguaglianza, una serie di diritti di cui beneficiavano le sole coppie eterosessuali, avvicinando progressivamente le *Lebenspartnerschaften* al matrimonio¹⁴⁸.

È chiaro che tali osservazioni si proiettano su tempi relativamente lunghi, mentre l'attenzione è attualmente focalizzata sulle unioni civili, che pure rappresentano un importante consolidamento dei diritti delle coppie omosessuali. La biforcazione della tutela, additata dalla giurisprudenza della Consulta, induce a escludere una configurazione delle unioni civili alla luce della garanzia di istituto (proprio perché questa resta riservata, tramite l'art. 29, alle coppie eterosessuali). Ciò non toglie, però, che la legge n. 76 del 2016 possa godere di una protezione rafforzata, laddove la si intenda, riprendendo categorie elaborate dalla giurisprudenza in materia di referendum abrogativo, come legge costituzionalmente necessaria o a contenuto costituzionalmente vincolato¹⁴⁹.

Volgendo l'attenzione a una concezione istituzionale delle libertà in senso più ampio, e valorizzando la funzione conformativa della legge parlamentare per l'insieme dei diritti fondamentali, si ripresentano bensì gli interrogativi già visti in merito alla definizione del rapporto tra costituzione e legge ordinaria, nella misura in cui la seconda è chiamata a svolgere il contenuto della prima e contestualmente a interpretarla¹⁵⁰, ma una parte dei rischi rilevati dalla dottrina tedesca può essere in Italia ridimensionata. La costituzione italiana, infatti, appresta argini più saldi rispetto a un eventuale svuotamento del contenuto del diritto fondamentale da parte della disciplina legislativa ordinaria, argini rappresentati da una fitta presenza di riserve rinforzate, che assicurano

¹⁴⁶ Sull'interpretazione evolutiva delle garanzie di istituto v. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 179, 182, anche se non con immediato riferimento al matrimonio.

¹⁴⁷ Su cui v. *supra*, n. 105.

¹⁴⁸ Cfr. rispettivamente TCE, sent. n. 198/2012 e, tra le molte, BVerfGE 105, 313, del 17 luglio 2002; 124, 199, del 7 luglio 2009; 128, 109, dell'11 gennaio 2011; 131, 239, del 19 giugno 2012; 133, 59, del 19 febbraio 2013; 133, 377, del 7 maggio 2103.

¹⁴⁹ Sull'ambivalenza del rapporto tra tali categorie e il contenuto essenziale v. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, 89 ss., con particolare riferimento alle sentt. nn. 126/1981 e 45/2005 della Corte costituzionale.

¹⁵⁰ Sull'interpretazione della costituzione resa dal legislatore cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2012, 307 ss.

«la priorità del valore personalista [...] sulle tecniche della democrazia procedurale»¹⁵¹. Un rilievo siffatto presuppone, nel contesto italiano, l'assenza di una differenziazione netta, ai fini dell'operatività della riserva di legge, tra la funzione limitativa e quella conformativa e implica, anzi, la capacità della riserva di legge di operare come «precepto bidirezionale»¹⁵². È chiaro, peraltro, che il problema si riannoda al diverso significato della riserva di legge nello stato costituzionale rispetto allo stato liberale, laddove la *ratio* tradizionale e garantistica della riserva vede attenuare la propria importanza, in favore di quelle di protezione delle minoranze (in cui permangono aspetti garantistici), di espressione del principio democratico e di pubblicità¹⁵³.

Se, relativamente alla dimensione istituzionale, il ruolo del legislatore nella protezione concreta del diritto appare centrale, esso non è meno decisivo nella prospettiva assiologica, laddove il valore necessita, per realizzarsi concretamente, di una mediazione «della [...] struttura formale con la variabile prassi sociale e politica»¹⁵⁴. A ben vedere, i due approcci sono intimamente legati: entrambi mostrano come la protezione dei diritti non passi soltanto attraverso l'attività dei giudici comuni (o della Corte costituzionale), ma richieda un intervento attivo e promozionale del legislatore, che dia attuazione alle direttive e ai principi di orientamento contenuti nelle norme sui diritti. Una siffatta funzione promozionale, che come detto trova la sua stella polare nel disegno di trasformazione sociale di cui all'art. 3 comma 2, viene specificata in diverse disposizioni costituzionali, dall'ambito familiare (art. 31 comma 1), a quello economico-sociale (art. 4 comma 1, art. 35 comma 3, art. 45 comma 1), a quello culturale (art. 9 comma 1), ma trova un ancoraggio implicito in ulteriori articoli della Carta¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sul punto v. RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., 9, 14 ss.; ID., *Garanzie*, cit., 46-47; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 135. V. anche AMATO, *Libertà*, cit., 276-278, 283. Sul rapporto tra misure di svolgimento della libertà positiva e potenziali limitazioni della libertà negativa v. anche CHESSA, *Libertà fondamentali*, cit., 348 ss. Sulla coesistenza di riserva di legge e intervento conformativo del legislatore v. BALDINI, *La concretizzazione*, cit., 107-108; sulla co-costitutività del riconoscimento del diritto e del relativo limite (da svolgere eventualmente attraverso la legislazione) e sul doppio rapporto di continuità e opposizione tra la costituzione e la legge, con una perdurante funzione garantistica della riserva v. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 286 ss., 305, anche sulla possibile risoluzione della tensione nel giudizio di costituzionalità, attraverso il principio di ragionevolezza.

¹⁵² Riprendo l'espressione, calandola in un contesto solo parzialmente diverso, da LUCIANI, *La produzione*, cit., 168-169.

¹⁵³ Cfr. rispettivamente S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963, 291 ss. e A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge*, Torino, Giappichelli, 1969, 23 ss., 64 ss.

¹⁵⁴ BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 297 (da dove è tratta la citazione); ID., *Diritti della persona*, cit., 299-300, 305-306.

¹⁵⁵ Sulla funzione promozionale del diritto, a integrazione di quella repressiva e di quella protettiva, v. N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto* (1969), in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Roma Bari, Laterza, 2007, 3 ss., ed ivi, spec. 13-14. Sul compito trasformativo additato dall'art. 3 comma 2 v., da ultimo, G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della costituzione italiana*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009, 120 ss. Insistono sulla funzione di indirizzo delle costituzioni contemporanee, accanto a quella di garanzia, e con particolare riferimento alla costituzione italiana, FIORAVANTI, *Appunti*, cit., 135 ss., 156 ss., BARBERA, *Art. 2*, cit., 64, 76 ss.; BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 245 ss.; RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., 22 ss., 37-38; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 131, nonché C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1977, 50 ss. e lo stesso V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952. Sulla «finalizzazione dei diritti» alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente v. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella costituzione*

Sempre nell'ottica di un potenziamento dell'effettività dei diritti, è significativa la dimensione organizzativa e procedurale, la quale, come si è visto sopra (par. 3.1.), richiede un intervento del legislatore nel predisporre assetti organizzativi e procedimenti che rendano concretamente possibile l'esercizio del diritto ma che siano al contempo assoggettabili a un più penetrante scrutinio di costituzionalità¹⁵⁶. A tale proposito, assume di nuovo rilevanza la libertà di informazione attraverso il mezzo radiotelevisivo, in cui la disciplina relativa all'accesso paritario e concorrenziale alle risorse e la regolamentazione del pluralismo richiedono il mantenimento o l'istituzione di apposite strutture amministrative e procedure¹⁵⁷. Ancora, occorre richiamare la protezione della *privacy* e la tutela dei dati personali, che hanno visto affiancarsi alla tradizionale libertà negativa una libertà positiva e dinamica, volta alla costruzione dell'identità personale attraverso il controllo dell'uso delle informazioni sulla propria persona anche nell'ambito della vita sociale. Tale controllo viene agevolato dalla presenza di strutture pubbliche, tra cui un'agenzia amministrativa indipendente, e procedimenti mirati (cfr. il d.lgs. n. 196 del 2003)¹⁵⁸. Ma bisogna menzionare anche il diritto di difesa e la libertà personale, che esigono l'istituzione di tribunali e carceri, l'assunzione di personale e il regolare funzionamento dell'ordinamento giudiziario¹⁵⁹. Si consideri l'esempio della dignità delle persone detenute: l'art. 27 comma 3 Cost. contiene sia una libertà negativa, che vieta allo stato l'inflizione di trattamenti inumani e degradanti nei confronti del detenuto, sia il compito dei poteri pubblici di intervenire positivamente, e di farlo in una doppia direzione: da un lato, approntando gli strumenti processuali adeguati per la tutela del diritto a un trattamento conforme al principio di umanità della pena, dall'altro predisponendo complessi architettonici idonei e rimodulando le politiche penali, al fine di evitare un cronico sovraffollamento carcerario¹⁶⁰. Tutto ciò implica la configurabilità, anche per i più tradizionali diritti civili, di obblighi di prestazione in capo ai poteri pubblici e la necessaria destinazione di risorse economiche per la loro tutela, inducendo

italiana, Milano, Vita e Pensiero, 1999, 99 ss. Sulla funzione promozionale del diritto alla cultura v. la relazione di G. REPETTO, in questo convegno.

¹⁵⁶ RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., 20 ss.; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 147. V. altresì, sui diritti al procedimento amministrativo come elementi di connessione tra diritti di stampo liberale e diritti sociali, E. PALICI DI SUNI, *I diritti al procedimento: profili di diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1994, 100 ss.

¹⁵⁷ Cfr. almeno, per l'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, dal regime di monopolio al suo superamento (e dal pluralismo interno al pluralismo esterno), Corte cost., sentt. nn. 59/1960, 225/1974, 202/1976, 826/1988, 420/1994, 155/2002, 466/2002; Il. nn. 416/1981, 223/1990, 249/1997, 112/2004, 220/2015, d.lgs. nn. 177/2005 e 259/2003 e *supra*, n. 143.

¹⁵⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. cr. dir. pr.* 1997, pp. 583 ss., ma v. già V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. Matteucci (a cura di), *Privacy e banche dati*, Bologna, Il Mulino, 1981, 37 ss., sulla 'libertà informatica', ripreso da T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico?*, in *Percorsi costituzionali* 1/2014, pp. 19 ss.; G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il codice dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 11 ss. Per ulteriori considerazioni mi permetto di rinviare a A. DI MARTINO, *Riservatezza e tutela dei dati personali. Profili comparativi, giurisprudenza europea e interazioni ordinamentali*, in *La cittadinanza europea. Serie quaderni* 2016, 59 ss.

¹⁵⁹ Da ultimo, per tutti, BALDINI, *La concretizzazione*, cit., 105-107.

¹⁶⁰ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, ESI, 2014, 22 ss., 42 ss., 63 ss. e, più recentemente, ID., *Tra integrazione e maieutica. Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivistaaic.it* 3/2016, 13-14. Cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 279/2013.

a mettere in discussione la divaricazione, quantomeno dal punto di vista strutturale, tra diritti civili e diritti sociali¹⁶¹.

Considerazioni ulteriori possono farsi per le altre tre dimensioni che la dottrina tedesca ascrive ai diritti fondamentali: quella degli obblighi di protezione, quella democratico-partecipativa e quella dei diritti di prestazione. Quanto alla prima, non sembra che la categoria sia stata recepita, dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, nella stessa latitudine di quella usata in Germania. È chiaro che essa appare pertinente a questioni legate al diritto ambientale o alle biotecnologie – vi si fa riferimento indiretto quando si tratta di prevenire rischi dalla portata incerta –, ma è rimasta estranea al nostro orizzonte la tematizzazione di un obbligo generale di intervento dello stato fondato su un generico diritto individuale alla sicurezza, sul corrispondente compito statale, o ancora su un principio di dignità umana dalla portata sistemica. Vale, anche a questo riguardo, quanto osservato più in alto in relazione a limiti contenutistici puntuali previsti dalla costituzione italiana rispetto a normative legislative dalla latitudine ampia, soprattutto nell'ambito delle libertà civili.

Apparentemente più simile è l'esito del confronto con riferimento alla dimensione democratico-partecipativa, la quale appare manifesta nel diritto di voto ma è sottesa anche alle altre libertà politiche e associative (art. 17, 18, 39 e 49 Cost.). In esse, il profilo individuale e quello collettivo-istituzionale sono complementari, laddove una siffatta complementarità è rafforzata dal principio pluralista di cui all'art. 2. Semmai, una differenza rispetto all'esperienza tedesca può cogliersi in relazione al tipo di pluralismo che connota (o ha connotato maggiormente in passato) le rispettive costituzioni, e cioè più organizzato, integrato e coeso quello tedesco, più garantista, dinamico e conflittuale quello italiano¹⁶².

Maggiormente distanti sono invece i modelli attinenti ai diritti di prestazione. Qui le divergenze tra la costituzione italiana e quella tedesca sono a prima vista più marcate, anche se sono state in parte colmate, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza costituzionale e dalla legislazione: soltanto la prima contiene infatti un principio di eguaglianza in cui il profilo formale e quello sostanziale sono saldati attraverso la clausola della pari dignità sociale, un principio solidarista che attiva le istituzioni pubbliche a fini inclusivi, e un corposo catalogo di diritti sociali. Tutti e tre gli elementi rappresentano il frutto di precise rivendicazioni della classe lavoratrice e dei partiti popolari dopo la seconda guerra mondiale – ciò spiega il successo che da noi hanno avuto le ricostruzioni in termini di “generazioni” dei diritti – e hanno rappresentato, all'epoca dell'approvazione della costituzione ma anche nei decenni successivi, un elemento di forte originalità nello scenario comparatistico. Se la definizione dogmatica di tali diritti ha creato particolari difficoltà alla dottrina, non può revocarsi in dubbio che essi abbiano conquistato il carattere della fundamentalità al pari delle altre libertà costituzionali, per quanto abbiano una struttura prevalentemente pretensiva e

¹⁶¹ Sul punto v., per tutti, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti*, v. II, Padova, Cedam, 1995, 120-121. L'osservazione è del resto condivisa anche dai fautori di una ricostruzione dei diritti in termini prevalentemente strutturali (cfr. PACE, *Problematica*, cit., 120, 148-149, 326 ss.) e da chi tende a considerare paradigmatico l'*Abwehrrecht* (cfr. GROSSI, *Il diritto costituzionale*, cit., n. 42 pp. 31-32).

¹⁶² Sul punto P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, 164 ss. ed ivi, n. 84 p. 181-182; BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 300-301. Cfr. altresì, con riferimento all'Italia e per ulteriori indicazioni bibliografiche, M. RUOTOLO, *Le libertà di riunione e di associazione*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, v. II, 2^a ed., cit., 677 ss., 698 ss.

richiedano, per la relativa realizzazione, un più cospicuo intervento del legislatore e dell'amministrazione. I diritti sociali contribuiscono inoltre, in maniera decisiva e tramite le prestazioni solidaristiche assicurate dallo stato, alla funzione di integrazione svolta dalla costituzione¹⁶³. È chiaro, però, che l'espressa previsione in costituzione e la loro qualificazione in termini di diritti abbia reso superflua l'elaborazione di una dimensione ulteriore a partire dalle libertà civili.

Semmai può farsi un discorso inverso rispetto a quello tedesco. Se, cioè, i diritti sociali hanno una dimensione spiccatamente relazionale e istituzionale, e richiedono spesso, per la propria concreta realizzazione, l'approntamento di misure legislative, organizzative e procedurali, essi hanno altresì una dimensione individuale, che può rientrare sia nell'ambito della libertà negativa, sia in quello della libertà positiva. Ciò è chiaro, per il primo aspetto, con riferimento al diritto alla salute, dove la stessa costituzione evidenzia la dimensione soggettiva come «fondamentale diritto dell'individuo», affiancando ad essa quella della salute come «interesse della collettività» (art. 32 Cost.), per la realizzazione del quale si sono resi necessari l'istituzione del sistema sanitario nazionale nonché l'intervento sussidiario dei privati. Il diritto alla salute ricomprende invero un fascio di posizioni diverse: il diritto soggettivo alla propria integrità fisica, idoneo a fondare giudizialmente la pretesa risarcitoria del danno biologico, il diritto alle prestazioni sanitarie di prevenzione e di cura, che presuppone strutture e risorse idonee, ma anche il diritto a non essere curato e l'interesse della collettività che giustifica i trattamenti sanitari obbligatori. Infine, un rilievo particolare occupa il diritto all'ambiente salubre, che rileva sia come interesse collettivo, sia come diritto individuale¹⁶⁴. Ma la dimensione individuale si può ricollegare anche a una libertà positiva, ad esempio con riguardo al diritto all'istruzione

¹⁶³ Anche sui diritti sociali la letteratura è amplissima. V. almeno M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Agg., v. V, Torino, Utet, 2012, 219 ss.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss., 128 ss., 189 ss.; D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, che motiva il carattere inviolabile dei diritti sociali in una prospettiva assiologica, a partire dai principi personalista e pluralista (ivi, 1 ss., 164 ss.); C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000, 9 ss. Precedentemente, sulla fundamentalità dei diritti sociali e sull'equiordinazione di questi ai diritti di libertà LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 97 ss. Per una prospettiva in parte diversa v. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 123 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, v. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 802 ss. Sulla funzione di integrazione dei diritti sociali torna da ultimo M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it* 3/2016. Sul principio solidarista v. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.* 1996, 1 ss.; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di egiaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in Ead., C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, 93 ss., e gli autori richiamati *infra*, nn. 210, 213.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivistaaic.it* 0/2010 ed *infra*, par. 4.

¹⁶⁴ Sulla questione v. le più ampie considerazioni di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.* 1980, 769 ss.; ID., *Salute, I*) – *Dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, v. XXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, 1 ss. Sulla dimensione istituzionale del diritto alla salute, segnatamente sulla sua attuazione attraverso il sistema sanitario nazionale e sull'intervento sussidiario dei privati v. R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, 29 ss.; P. MEZZANOTTE, *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, ivi, 45 ss. Sul rapporto tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute in materia di trattamenti sanitari obbligatori, cfr. Corte cost., sent. n. 118/1996.

che, oltre a richiedere l'edificazione di scuole e l'espletamento di concorsi per il personale docente, costituisce un presupposto dell'autorealizzazione e dell'autonomia individuale¹⁶⁵. Non può dimenticarsi, infine, l'ambito lavoristico e, in particolare, il diritto all'equa retribuzione e (nei primi anni dopo l'approvazione della costituzione) il divieto di recesso *ad nutum*, che hanno alimentato l'iniziale riflessione sull'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, mostrando come il destinatario del diritto non sia solo il potere pubblico ma anche i privati¹⁶⁶.

In proposito, nella seconda metà degli anni sessanta uno studioso italiano, prendendo posizione sul dibattito che si stava svolgendo in Germania, aveva sostenuto che l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nei confronti dei terzi fosse cosa diversa dall'operatività indiretta tramite le clausole generali del diritto privato, la quale finiva per sovrapporre interamente il problema a quello dell'interpretazione conforme a costituzione, oppure per lasciare la determinazione del contenuto delle clausole generali a una mobile coscienza sociale inidonea a stabilizzarsi in norme giuridiche¹⁶⁷. Se egli concordava con quegli autori tedeschi che riconoscevano uno specifico campo di azione alla *Drittwirkung* ma non alla *Austrahlungswirkung*, per un altro aspetto se ne distanziava in maniera significativa. Egli riteneva infatti che tale efficacia non operasse per tutti i diritti fondamentali ma solo per alcuni, rispetto ai quali poteva riscontrarsi in costituzione un collegamento normativo tra gli art. 2 e 3 comma 2, da un lato, e le norme dalle quali risultava la protezione di soggetti deboli a fronte dell'esercizio del potere privato, dall'altro. In altre parole, alla coeva dottrina tedesca egli muoveva la critica di prospettare un'efficacia orizzontale generale e indifferenziata, mentre la costituzione italiana spingeva verso una soluzione più selettiva, nel senso di circoscrivere tale tipo di efficacia ai rapporti di supremazia privata che davano luogo a soggezione¹⁶⁸. Se il campo di azione privilegiato era chiaramente quello dei rapporti di lavoro all'interno dell'impresa, rilevanti erano anche gli ambiti della famiglia e della scuola¹⁶⁹. La sfera lavoristica ha comunque continuato a rappresentare un terreno di elezione per l'efficacia orizzontale dei diritti, ma nel corso del tempo altri settori hanno conquistato più spazio, tra cui quello contrattuale (soprattutto, ma non soltanto, attraverso l'integrazione della clausola di buona fede con il principio di solidarietà) e quello della responsabilità civile, in relazione alla risarcibilità del danno biologico per violazione del diritto costituzionale alla salute e, più recentemente, del danno non patrimoniale per lesione di un diritto inviolabile. È stato peraltro osservato come il principio solidaristico sotteso alla tutela risarcitoria dei valori della persona debba essere temperato – se si vogliono lasciare adeguati spazi di sviluppo all'autonomia privata – con il principio di tolleranza, attinente ai rischi scaturenti dallo svolgimento di un'attività posta in essere conformemente al principio di libertà¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Particolarmente significativa, a tale riguardo, Corte cost., sent. n. 383/1998.

¹⁶⁶ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1967, 26 ss.

¹⁶⁷ Ivi, 61 ss.

¹⁶⁸ Nel frattempo, come si è visto, anche il *Bundesverfassungsgericht* ha elaborato una linea giurisprudenziale volta a porre rimedio ai rapporti contrattuali strutturalmente squilibrati: v. *supra*, n. 62.

¹⁶⁹ LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 86 ss., 104 ss.

¹⁷⁰ Cfr., da prospettive complementari, GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 92 ss.; M. MANETTI, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, in *Riv. tr. dir. pubbl.* 2009, 635 ss.; G. COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 21 ss.; M.L. CHIARELLA, *La tutela dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati: elaborazioni tecniche e stato dell'arte*, ivi, 62 ss.; e, da ultimo, E. NAVARRETTA, *Diritti*

Non è un caso che le riflessioni sull'efficacia orizzontale siano nate negli anni in cui, in assenza di leggi di svolgimento dei principi costituzionali, il compito di applicarli direttamente è ricaduto in prima battuta sui giudici. Con l'approvazione di leggi di sistema, come lo statuto dei lavoratori, la riforma del diritto di famiglia, l'istituzione del sistema sanitario nazionale, le normative sull'istruzione e l'ordinamento penitenziario, il legislatore si è fatto carico dell'attuazione di quei principi. Quanto alla Corte costituzionale, è noto che in materia di diritti sociali il suo scrutinio è tendenzialmente più debole rispetto a quello relativo ai diritti di libertà, ristretto dal principio di gradualità e dai vincoli finanziari. Al contempo, però, appare significativo l'orientamento giurisprudenziale che ha insistito sul rinvenimento di un nucleo essenziale del diritto come limite invalicabile per il legislatore. Si tratta di un canone che valorizza il nesso tra il contenuto del diritto e il principio di dignità – nel senso pregnante che la dignità sociale assume nella nostra costituzione – contenuto che non può essere scalfito nel bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti, tra i quali il principio di equilibrio finanziario. L'effettività di tale clausola è apparsa rafforzata laddove ha operato insieme a quella sui livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 comma 2, lett. m) Cost., benché tale costellazione non sia andata esente da risvolti problematici in ordine al riparto di competenze tra stato e regioni¹⁷¹. Un ulteriore profilo critico riguarda – non diversamente dalla pronuncia tedesca sull'*Existenzminimum* –, una possibile interpretazione riduttiva di tale nucleo che, nell'appiattare il contenuto essenziale sul contenuto “minimo”, giustifica un'estensione del margine di discrezionalità legislativa su ciò che dal nucleo resta fuori, rinsaldando così un'interpretazione individualistico-liberale del diritto sociale in questione¹⁷².

inviolabili e responsabilità civile, in *Enc. Dir., Annali*, v. VII, Milano, Giuffrè, 2014, 343 ss., in particolare ivi, 349 ss., sul contemperamento tra solidarietà e tolleranza. Per una considerazione più cauta circa l'impiego dell'«argomento costituzionale» nel diritto privato cfr. A. GAMBARO, R. PARDOLESI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, 5 ss. Per l'evoluzione della giurisprudenza in tema di risarcibilità del danno biologico e non patrimoniale cfr. almeno Corte cost., sent. n. 184/1996; Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827-8, Corte cost., sent. n. 233/2003 e Cass. SS. UU., 11 novembre 2008, nn. 26972-5. Sul tema del danno ingiusto risarcibile v., tra i molti, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*. Pt. I e II, in *Riv. cr. dir. priv.* 2003, 9 ss., 219 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Utet, Torino, 2010, 157 ss., 337 ss.; P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, Giappichelli, 2013, 113 ss.

¹⁷¹ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 166/2008, 10/2010, 62/2013, ma v. già sent. n. 282/2002. Sul legame della garanzia con il principio di dignità v. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale”*, cit., 43 ss., al quale rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche. Sull'applicazione all'ambito dei diritti sociali v. ivi, 127 ss.; GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 162 ss. Sui rapporti con il principio dell'equilibrio di bilancio v. anche *infra*, n. 205.

¹⁷² Su queste ambivalenze v. I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Dir. Pubbl.* 2001, 1095 ss.; MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale”*, cit., 80 ss.; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012, 120 ss. Per una valutazione comparativa con l'esperienza tedesca v. F. SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.* 2010, 185 ss. Sui rischi di paternalismo insiti nell'elargizione di prestazioni assistenziali senza un adeguato controllo democratico v. C. PINELLI, “*Social card*”, o del ritorno alla carità di stato, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, 1177 ss. L'affermazione secondo cui il principio di dignità può essere determinante nel permeare la clausola del contenuto essenziale non intende disconoscere né che la Corte costituzionale abbia spesso privilegiato

3.4. Gli ordinamenti europei. Alcune questioni significative

Per completare il quadro comparativo sulle esperienze contemporanee, occorre rivolgere uno sguardo alle interazioni dei cataloghi nazionali con le carte europee, che danno luogo a un sistema integrato di protezione dei diritti. All'interno di un tale sistema non mancano certo i conflitti, che anzi si sono intensificati nel corso del tempo: essi, però, non vengono ricomposti, una volta per tutte, sulla base di criteri gerarchici, ma gradualmente e sulla base di clausole flessibili, tipiche della regolazione dei rapporti interordinamentali in assetti pluralistici¹⁷³. Anche a questo proposito, mi limiterò a considerare alcuni profili che toccano più direttamente il problema della multidimensionalità dei diritti.

Iniziando dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), si possono cogliere due aspetti paralleli: per un verso, un'impostazione originaria della Convenzione chiaramente ispirata alle classiche libertà civili, di stampo individualistico e negativo e con la sola ma significativa integrazione delle libertà associative; per l'altro, una successiva interpretazione in un senso più oggettivo e istituzionale¹⁷⁴. La prima configurazione è un frutto del contesto storico in cui la Convenzione è stata approvata: nel 1950, all'inizio della guerra fredda, gli stati firmatari europei hanno preso le distanze dal modello delineato solo pochi anni prima dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che aveva sancito l'indivisibilità dei diritti civili, politici, economici e sociali con il palese intento di negare la subordinazione dei secondi rispetto ai primi, al fine di assicurare l'effettiva protezione delle libertà complessive della persona¹⁷⁵.

Nel corso del tempo, però, si è assistito ad alcuni mutamenti significativi. Anzitutto, gli organi della Convenzione hanno inteso quest'ultima sempre meno come un

l'uso del canone di ragionevolezza, né che il principio di dignità occupi un ruolo diverso nella fondazione dei diritti sociali nelle varie esperienze costituzionali (più forte in Germania e meno in Italia, il che è dovuto all'assenza, nel *Grundgesetz*, di diritti sociali puntuali e di una norma come l'art. 3 comma 2 Cost. it.): in questo senso anche G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.* 2016, 273 ss.

¹⁷³ V. almeno, tra i lavori più recenti, M. KLATT, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen, Mohr, 2014; N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010; P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 8^a Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2016; RIDOLA, *Diritto comparato*, cit. 163 ss.; M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr, 2011; M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Portland, Hart, 2012; C. GRABENWARTER, *Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft, die EMRK and die Grundrechte der Mitgliedstaaten*, in *Grundfragen der Europäischen Union (Teil II): Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK, Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze) und ihre Interpretation*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 2013, 23 ss. V. altresì A. RUGGERI, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in *federalismi.it* 18/2014; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012. Per una prospettiva critica cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, 1643 ss.

¹⁷⁴ Le due dimensioni emergono chiaramente in RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., 216 ss. V. altresì C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5 ed., München, Beck, 2012, 120 ss.; S. GREER, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹⁷⁵ RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., 9 ss., 153 ss.

tradizionale trattato internazionale, da interpretarsi secondo la volontà degli stati contraenti, e sempre più come la base di un ordine oggettivo di valori, di natura costituzionale, riassunto efficacemente nella formula dell'*ordre public européen*¹⁷⁶. Inoltre, il consolidamento di una prassi interpretativa evolutiva e dinamica¹⁷⁷ ha favorito il riconoscimento, accanto alla dimensione individuale difensiva, di una dimensione oggettiva e promozionale dei diritti, nella quale sono stati inquadrati gli obblighi positivi dello stato volti all'adozione di norme, istituzioni, misure organizzative e procedimenti. Non diversamente da quanto si è visto per il livello nazionale, tale giurisprudenza si lega strettamente alla questione dell'efficacia dei diritti nei confronti di terzi e fa ricorso a criteri di scrutinio meno stringenti rispetto a quelli adoperati nell'ambito della dimensione difensiva dei diritti. Gli obblighi positivi sono stati incardinati in diverse norme della Convenzione, ma soprattutto in quelle relative al diritto alla vita, al divieto di trattamenti inumani e degradanti, al diritto al rispetto della vita privata e familiare, al diritto all'ambiente salubre (ricavato, quest'ultimo, da un'interpretazione estensiva del diritto al rispetto della vita privata)¹⁷⁸. La Corte ha riconosciuto altresì, a partire dalle norme sui diritti civili e politici e accanto al diritto, specificamente previsto, a ricevere un'educazione, alcuni diritti relativi alle prestazioni sociali. Prendendo le distanze dall'impostazione originaria, essa ha osservato come non sussista una «divisione impenetrabile» tra i diritti economico-sociali e quelli civili e politici. Se, peraltro, la garanzia dei diritti sociali è rimasta per lo più indiretta e subordinata a criteri probatori più onerosi di quelli operanti in sede nazionale, e se essa è stata prevalentemente assicurata muovendo dalla dimensione individuale e negativa dei diritti, alcuni passaggi giurisprudenziali hanno prefigurato una tutela più intensa, come l'attrazione delle prestazioni sociali nell'ambito del diritto di proprietà (art. 1 protocollo I), l'uso frequente del principio di ragionevolezza nel valutare il ridimensionamento di misure già riconosciute dagli stati membri, o la più chiara estensione della libertà di associazione ai sindacati¹⁷⁹. Non poco rilevante è, infine, il

¹⁷⁶ Cfr. Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, sent. 23 marzo 1995, par. 75 e 93, ma v. anche *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio 1978. Sul punto cfr. F. SUDRE, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 39 ss. V. altresì F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam, 2007, 129 ss.

¹⁷⁷ Su questi caratteri dell'interpretazione della CEDU e sulla convenzione come *living instrument* v. GRABENWARTER, PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., 30 ss.; J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2ª ed., Manchester, Manchester University Press, 1993, 69 ss. Non sono mancati peraltro i contrasti tra diverse *judicial philosophies*, avendo alcuni giudici, tra cui soprattutto Fitzmaurice, sostenuto un metodo interpretativo testualista e fedele alla volontà degli stati contraenti.

¹⁷⁸ Cfr., tra le pronunce più significative, Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, sent. 13 giugno 1979; *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 giugno 1985; *McCann c. Regno Unito*, sent. 27 settembre 1995; *Broniowski c. Polonia*, sent. 22 giugno 2004; *Öneryildiz c. Turchia*, sent. 30 novembre 2004; per quanto riguarda le pronunce emesse contro l'Italia, v. almeno *Guerra c. Italia*, sent. 19 febbraio 1998; *Torreggiani c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013; *Oliari et al. c. Italia*, sent. 21 luglio 2015. Per una ricostruzione v. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., 220 ss.; GRABENWARTER, PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., 138 ss.; P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 712 ss.; L. TIAN, *Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, 51 ss., 155 ss., 176 ss.

¹⁷⁹ Cfr. Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, sent. 9 ottobre 1979, par. 26, anche se non mancano nella giurisprudenza della Corte affermazioni più ambigue circa la tutela dei diritti sociali attraverso i diritti di libertà. Sui diritti sindacali v. Corte EDU, *Demir e Baykara c. Turchia*, sent. 12 novembre 2008; *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, sent. 21 aprile 2009, ed anche, nell'ambito delle forze armate, *Matelly c.*

significato assunto nelle sentenze dei giudici di Strasburgo dalla clausola della «necessità in una società democratica». Quest'ultima, nel costituire il criterio trasversale di giustificazione degli interventi statali di cui agli art. 8-11, delinea i confini esterni del margine di apprezzamento ma, rinviando a contenuti di valore, apre all'uso dei criteri che permettono la soluzione del conflitto (natura del diritto interessato, intensità dell'interferenza o dell'omissione statale, esistenza di un *consensus standard*) e rappresenta l'equivalente dei giudizi di bilanciamento e proporzionalità a livello nazionale¹⁸⁰.

La categoria degli obblighi positivi ha acquisito un rilievo sempre maggiore nella giurisprudenza europea, sia perché è stata usata come termine riassuntivo per ricomprendere le diverse manifestazioni della dimensione oggettiva, sia perché è stata capace di stimolare risposte adeguate negli ordinamenti interni, grazie al potenziamento delle misure di attuazione della Convenzione a partire dall'inizio degli anni duemila¹⁸¹. Quanto ai fondamenti di tali obblighi, la dottrina li ha rinvenuti, sulla base degli sparsi riferimenti nelle decisioni della Corte, vuoi in elementi formali (gli art. 1 e 2 prevedono rispettivamente l'«obbligo di rispettare» i diritti umani e un diritto alla vita «protetto» dalla legge), vuoi in elementi materiali, tra cui il principio di dignità e soprattutto quello di effettività¹⁸². Non sono peraltro mancati profili più controversi, come quelli relativi agli obblighi di tutela penale, che hanno richiesto agli stati l'introduzione di fattispecie di reato o sanzioni più severe quali strumenti idonei per tutelare le vittime di gravi violazioni dei diritti convenzionali¹⁸³.

Nonostante l'interpretazione dinamica ed evolutiva dei diritti convenzionali, è rimasta però nella CEDU una forte matrice soggettiva e individuale, che si manifesta attraverso la libertà sia negativa che positiva. Emblematica è, ancora una volta, l'interpretazione dell'art. 8, da cui la Corte ha tratto la protezione delle istanze di autonomia della persona. I giudici europei hanno invero superato l'esclusiva comprensione dei diritti come libertà negative, volte alla delimitazione di una sfera di attività preclusa alle interferenze dello stato, rinforzando molto la proiezione positiva della libertà, intesa come autorealizzazione e affermazione della propria identità¹⁸⁴. Su

Francia, sent. 2 ottobre 2014; *ADEFDROMIL c. Francia*, sent. 2 ottobre 2014. Sulla protezione dei diritti sociali nell'ordinamento convenzionale v. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. tr. dir. pubbl.* 2013, 9 ss. e, per una comparazione con l'ordinamento italiano, ID., *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza sui diritti sociali a confronto*, in *gruppodipisa.it* (giugno 2012). Cfr. altresì G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2011, 86 ss.; TIAN, *Objektive Grundrechtsfunktionen*, cit. 144 ss.

¹⁸⁰ Sulla dottrina del margine di apprezzamento v. almeno Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *OJLS* 2006, 705 ss.

¹⁸¹ Cfr., per tutti, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012, 105 ss.

¹⁸² SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutpflichten*, cit., 890 ss.; RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., 225-226.

¹⁸³ Cfr., da ultimo, R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir Soc.* 2015, 565 ss.

¹⁸⁴ Per un'ampia panoramica cfr. F. SUDRE, (a cura di), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

un altro versante, quello delle garanzie processuali di cui all'art. 6, l'emersione del profilo individuale è stato il frutto di un ruolo preminente assunto dal *due process of law* anglosassone, teso ad assicurare l'effettiva partecipazione degli individui al processo più che la predisposizione di istituzioni neutrali dirette alla tutela dell'interesse generale¹⁸⁵.

Per quanto concerne le interazioni con gli ordinamenti nazionali – e in particolare con quello italiano –, vorrei richiamare l'attenzione su due aspetti di differenziazione, l'uno di carattere più specifico, l'altro di carattere più generale. Il primo riguarda alcune questioni sorte in merito alla legge italiana sulla procreazione assistita (segnatamente la legittimità della fecondazione eterologa e della diagnosi preimpianto) e il diverso parametro utilizzato in sede italiana e in sede europea: mentre, a livello europeo, la Corte ha fatto leva sulla libertà a procreare, tratta dall'art. 8 ed espressione dell'autodeterminazione della persona, la Corte costituzionale – dopo essersi incagliata sul *revirement* della giurisprudenza europea e avendo opportunamente accantonato la preferenza per il parametro convenzionale – si è rivolta al diritto alla salute, nella sua connessione con il principio di eguaglianza sostanziale. È stata palpabile, a questo proposito, la divaricazione tra l'impostazione più individualista della Corte europea, seppure declinata nel senso di valorizzare l'autonomia della persona, e quella più attenta ai risvolti sociali della Corte italiana, risultante dalla specifica e pregnante protezione accordata al diritto alla salute dal nostro ordinamento¹⁸⁶.

Il secondo profilo attiene a un aspetto dell'ordinamento convenzionale che è individualistico per ragioni strutturali, e cioè l'essere ogni sentenza la conseguenza di un ricorso individuale concreto e dell'elaborazione di un *corpus* di protezione dei diritti interamente su base giurisprudenziale, senza l'ulteriore apporto della legislazione. Nel corso degli anni che hanno seguito le sentenze gemelle, i tentativi della Corte italiana di precisare la propria posizione rispetto a quella di Strasburgo hanno più volte insistito su tale aspetto: mentre l'approccio della Corte di Strasburgo è individualistico e legato alle singole controversie, quello della Corte costituzionale è sistemico, dovendo tenere conto non solo del diritto del ricorrente, ma di tutti i beni di rango costituzionale potenzialmente confliggenti con esso¹⁸⁷. Eccettuate alcune generalizzazioni sul

¹⁸⁵ Particolarmente significativa, da un punto di vista comparativo, è la giurisprudenza che ha visto negare la compatibilità convenzionale a istituzioni come l'avvocato generale e il commissario del governo francesi, e ad analoghi organi di altri ordinamenti. Per una considerazione critica v. M. DE S.O.L'É. LASSER, *The European Pasteurization of French Law*, in *Cornell L. Rev.* 2005, 995 ss. Sull'art. 6 v., per tutti, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, 172 ss.

¹⁸⁶ Faccio naturalmente riferimento, da un lato, a Corte EDU, *S.H. et al. c. Austria*, sent. 1 aprile 2010 (emessa dalla Prima Sezione) e sent. 3 novembre 2011 (emessa dalla Grande Camera); *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012 e, dall'altro, a Corte cost., ord. n. 150/2012 e sentt. nn. 151/2009, 164/2012, 96/2015. La differenza di impostazione è rilevata da G. REPETTO, "Non di sola CEDU ...". *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. Pubbl.* 2013, 133 ss. Per una considerazione critica delle scelte argomentative della Corte costituzionale v. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatoriocostituzionale.it* (luglio 2014). Per una ricostruzione della giurisprudenza italiana in materia cfr. F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, v. VI, UTET, Torino, 2015, 341 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, 9ª ed., Milano, Franco Angeli, 2016, 57 ss.

¹⁸⁷ Cfr. soprattutto Corte cost., sentt. nn. 311/2009, 264/2012, 49/2015. Sul punto v. C. PINELLI, "Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.* 2012, 4228 ss.; F. BILANCIA, *Leggi retroattive nei processi in corso: la difficile sintesi di un*

funzionamento interno degli organi di Strasburgo, che destano qualche perplessità, si tratta di un percorso condivisibile, nella misura in cui inquadra il fine della «massima espansione delle garanzie»¹⁸⁸ in una cornice più comprensiva, volta a valorizzare una risoluzione dei conflitti ordinamentali sul piano interpretativo, e quindi anche a tenere conto dei valori costituzionali maggiormente meritevoli di protezione (non riducibili alle compatibilità finanziarie), incentivando tecniche per differenziare l'efficacia interna dei precedenti di Strasburgo¹⁸⁹.

Volgendo ora lo sguardo alla protezione dei diritti nell'Unione europea, il percorso può apparire per certi aspetti speculare. Per molti decenni, la mancanza di un catalogo dei diritti aveva favorito l'attribuzione di un rilievo prioritario alla dimensione istituzionale, vuoi per il riconoscimento di posizioni giuridiche strettamente legate alla creazione del mercato comune (le libertà di circolazione e il divieto di discriminazione), vuoi per il significato dei diritti fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia (come principi generali dell'ordinamento comunitario e parametro di legittimità degli atti europei)¹⁹⁰. Se, nel corso del tempo, alcune di tali posizioni (segnatamente, le libertà di circolazione e quelle immediatamente connesse) hanno raggiunto nella giurisprudenza della Corte un grado maggiore di soggettivizzazione, alla luce dell'immediata applicabilità ed efficacia diretta (spesso anche nei rapporti tra privati) e di uno scrutinio particolarmente rigoroso sulle misure limitative apposte dagli stati, la dimensione istituzionale ha conservato una notevole rilevanza ai fini dell'effettiva protezione dei diritti. Si pensi, a questo proposito, alle libertà che si sono sviluppate in connessione con il rafforzamento del principio di concorrenza nel mercato (non solo la libertà di impresa, ma anche quella di informazione), o a quelle, definite negli ordinamenti di provenienza da una radicata cultura maggioritaria, rispetto alle quali il mercato ha sviluppato un'effetto di neutralizzazione (è il caso dell'aborto in Irlanda), oppure ancora a quelle la cui realizzazione è legata al raggiungimento dei fini e degli obiettivi previsti nei trattati (il principio di antidiscriminazione e, in misura forse minore, l'attuazione delle politiche ambientali e sociali). Da questa prospettiva, l'assetto originario

confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti, ivi, 4235 ss.; RUGGERI, *Sei tesi*, cit., 19-20. Per un quadro dei rapporti tra l'ordinamento costituzionale italiano e quello convenzionale v. almeno, nell'ormai sterminata bibliografia, RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit.; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, 2^a ed., con la collaborazione di T. Giovannetti e N. Pignatelli, Torino, Giappichelli, 2015, 91 ss., 271 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012; RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 187 ss., 273 ss., ai quali rimando per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁸⁸ Corte cost., sent. n. 317/2009, par. 7 del considerato in diritto.

¹⁸⁹ Visto in questa luce, il percorso appare in sintonia con quello sviluppatosi in Germania, nella misura in cui l'insistenza sulla dimensione istituzionale, da parte della Corte costituzionale italiana, è assimilabile all'attenzione tedesca per le «relazioni multipolari dei diritti fondamentali». Sulla questione mi permetto di rinviare a A. DI MARTINO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in *federalismi.it* 11/2012.

¹⁹⁰ Cfr. almeno P. PESCATORE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der europäischen Gemeinschaft*, in *EuGRZ* 1978, 441 ss.; J.H.H. WEILER, N.J.S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously: The European Court and Its Fundamental Rights*, ivi, 1995, 51 ss., 579 ss. e, più recentemente, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Human Rights*, in Ead., P. Craig (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, 465 ss.; J. KÜHLING, *Grundrechte*, in A. von Bogdandy, J. Bast (hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2^a ed., Berlin, Springer, 2009, 657 ss.; T. KINGREEN, *Grundfreiheiten*, ivi, 705 ss.; D. EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4^a ed., Berlin, de Gruyter, 2014.

dell'Unione, pur se finalizzato all'istituzione del mercato comune, contiene al suo interno elementi capaci di orientare la protezione dei diritti verso la diffusione delle *chances* e lo sviluppo della libertà eguale, e non ha mancato di influenzare i percorsi nazionali di tutela: significative appaiono, in proposito, la dimensione istituzionale del principio di concorrenza in Italia e le misure positive volte alla rimozione delle discriminazioni¹⁹¹.

L'approvazione, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha potenziato la dimensione individuale dei diritti. Questi hanno finalmente trovato una formulazione simile a quella propria dei cataloghi costituzionali nazionali e delle carte internazionali, essendosi chiaramente rimarcata la loro titolarità in capo a cerchie di soggetti determinati, attraverso formule dal carattere universale ovvero più specifico. Ciò, peraltro, non è avvenuto a scapito della dimensione istituzionale – o meglio, è avvenuto nel contestuale potenziamento di una dimensione istituzionale più profonda di quella che aveva contrassegnato il periodo precedente. Con l'adozione della Carta, infatti, da un lato si è superato – almeno stando al suo testo – il primato attribuito al mercato e, dall'altro, si è evidenziato il profilo assiologico, e cioè l'essere i diritti fondamentali espressione di valori condivisi da una comunità, quella europea, fortemente pluralistica, attraverso l'individuazione di un nucleo materiale in grado di delinearne l'identità e rafforzarne la base di legittimazione¹⁹².

¹⁹¹ In questo senso v. RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 143 ss. Sulla dimensione istituzionale delle libertà economiche tra il livello europeo e quello nazionale v. R. NIRO, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla costituzione*, v. I, cit., 850-851, 857 ss.; R. MANFRELOTI, *Le libertà economiche nella prospettiva della concorrenza: l'esperienza italiana tra amministrazione e giurisdizione*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e costituzione*, cit., 411 ss.; NANIA, *Libertà economiche*, cit., 202 ss. Sul principio di parità di genere v. S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Pol. Dir.* 2006, 573 ss.; B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, ESI, 2011, 81 ss.; O. POLLICINO, *Discriminazioni sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005; A. D'ALOIA, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di Giustizia: riflessi del caso Mangold*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2011, 125 ss. La considerazione dell'aborto in Irlanda attraverso le lenti della libertà di prestazione dei servizi in CGCE, *Grogan*, sent. 4 ottobre 1991, C-159/90, era stata considerata nella comprensiva discussione tra J. COPPEL, A.O'NEIL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Comm. Mkt. L. Rev.* 1992, 669 ss.; WEILER, LOCKHART, "Taking Rights Seriously" *Seriously*, cit. Sull'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali previste dai trattati v. PAPIER, *Drittwirkung der Grundrechte*, cit., 1353 ss.; M. AVBELJ, *Is There Drittwirkung in EU Law*, in A. Sajo, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations*, cit., 145 ss., anche sulle incoerenze della giurisprudenza più restrittiva avente ad oggetto le direttive non trasposte.

¹⁹² Per questa lettura v. P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in Id., *Diritto comparato*, cit., 177 ss. V. anche A. RUGGERI, *Valori e principi costituzionali degli stati integrati d'Europa*, in *Teoria dir. st.* 2009, 292 ss. Si tratta di un punto di vista piuttosto diffuso nella dottrina tedesca: cfr. I. PERNICE, *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, in *DVBl.* 2000, 847 ss.; C. CLASSEN, *Europa als Wertegemeinschaft - Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, in *JZ* 2004, 1033 ss.; S. KORIOH e A. VON BOGDANDY, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, in *VVDStRL* (2003), Berlin, de Gruyter, 2004, 116 ss., 156 ss. Sull'impiego di concetti elaborati dagli autori weimariani (tra cui quello smendiano di integrazione) al contesto europeo v. I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *AöR* 1995, 100 ss.

Se ciò spinge ad apprezzare la struttura della Carta, dove i singoli diritti sono raccolti intorno a sei grandi valori di riferimento (dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia), suscettibili di irradiarsi in altri rami dell'ordinamento e di sviluppare un'efficacia orizzontale¹⁹³, non possono tuttavia nascondersi gli aspetti più critici di essa. Questi riguardano anzitutto il contenuto, visto il ridimensionamento della centralità dei diritti sociali nell'impianto complessivo e visto il rinvio alla legge nazionale ai fini della loro concreta determinazione. Ma investono altresì il profilo delle garanzie, data la previsione di limiti generici senza riserve rinforzate, così come l'affievolimento della dimensione democratico-partecipativa, stante la più ridotta portata del principio rappresentativo e della parlamentarizzazione a livello europeo¹⁹⁴. Non è un caso, peraltro, che tali rilievi critici siano il risultato di un confronto della Carta dei diritti fondamentali con la costituzione italiana, più che con altre costituzioni europee, perché è la nostra ad essere caratterizzata più di altre da un lungo catalogo di diritti sociali e da un penetrante sistema di garanzie¹⁹⁵.

Benché la Carta sia entrata in vigore nel 2009, i relativi diritti hanno orientato l'interpretazione delle corti, nazionali ed europee, già dagli anni precedenti. Inutile dire che, anche a questo riguardo, il ricorso al bilanciamento e al principio di proporzionalità implica l'aggancio del percorso motivazionale a un assetto pluralistico di valori e quindi presuppone la dimensione istituzionale¹⁹⁶. Mi limiterò in questa sede a considerare due

¹⁹³ Cfr., con riferimento all'ambito contrattuale e da diverse angolature, M.W. HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. dir. priv.* 2003, 1 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, ivi, 19 ss.; P. STANZIONE, *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Eur. dir. priv.* 2002, 41 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. cr. dir. priv.* 2007, 78 ss., sulla necessità del diritto contrattuale di aprirsi a una dimensione sociale per rispondere, in seguito ai processi di privatizzazione delle funzioni pubbliche, alle aspettative legate al *welfare*.

¹⁹⁴ V., per tutti, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, in Roma Bari, Laterza, 2013, 69 ss.; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, ESI, 2010, 21 ss., ma già, tra gli altri, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in AIC, *Annuario 1999, La costituzione europea*, Padova, Cedam, 2000, 507 ss.; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Giur. cost.* 2001, 193 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. Pubbl.* 2001, 41 ss.

¹⁹⁵ Sarebbero state invero l'esperienza francese, quella spagnola e quella tedesca, in cui i diritti sociali sono considerati principi direttivi e non diritti soggettivi, l'origine dell'introduzione, nella Carta, di principi non direttamente azionabili ma operanti a fini interpretativi e come parametro di legittimità (cfr. art. 52, par. 5; CGUE, *Association de médiation sociale (AMS)*, sent. 15 gennaio 2014, C-176/12). Sul tema v. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., 351 ss.; H.M. SAGMEISTER, *Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; E. CANNIZZARO, A. RASI, *I principi generali nell'esperienza giuridica transnazionale*, in *Riv. it. sc. giur.* 2014, num. spec., 244-246. Quanto all'Inghilterra, i diritti sociali non trovano protezione costituzionale (cfr. C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica*, Bologna, il Mulino, 2014, 274 ss). Questa è stata una delle principali ragioni per cui il Regno Unito, insieme alla Polonia, ha richiesto l'approvazione di un protocollo apposito, il n. 30, volto appunto a una interpretazione restrittiva della Carta, specie per quanto riguarda il titolo sulla «solidarietà». Sul modello sociale europeo come assorbimento e superamento dei diversi modelli nazionali cfr. C. PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.* 2008, 251 ss.

¹⁹⁶ Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento dell'Unione europea v. T.I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *ELJ* 2010, 158 ss.; G. CANIVET, *La proportionnalité comme modèle d'intégration européenne par le méthode du jugement*, in C. Baudenbacher (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 168 ss. Per una considerazione dei

costellazioni problematiche, relative rispettivamente alla libertà di pensiero nel settore radiotelevisivo e ai diritti sociali.

Con riguardo alla prima, si è visto come la dimensione istituzionale della libertà di espressione, specie nella sua manifestazione attraverso i *media*, sia stata ampiamente valorizzata – per il suo nesso con la formazione dell’opinione pubblica e quindi con l’ordinamento democratico-pluralistico – dalle diverse esperienze nazionali. Si è altresì osservato come, per assolvere a questa funzione, gli stati abbiano adottato specifiche misure organizzative e procedimentali. Tali misure sono suscettibili di entrare in conflitto, a livello europeo, sia con la libertà di circolazione dei servizi sia con il divieto di aiuti di stato. Questo diverso inquadramento non comporta, però, la recessività dell’aspetto istituzionale del diritto, che appare anzi potenziato nel testo dell’art. 11 della Carta di Nizza. Accanto a un’ampia garanzia relativa all’insieme del processo informativo, che comprende la libertà di comunicare e la libertà di ricevere informazioni (comma 1), la Carta contiene una specifica previsione relativa ai *media*, dei quali tutela la «libertà» e la «pluralità» (comma 2). Di questi concetti, il primo viene riferito alla dimensione soggettiva e individuale, il secondo a quella oggettiva e istituzionale, mentre l’uso del termine pluralità (una condizione da rispettare) anziché pluralismo (un principio da garantire) intende scongiurare il rischio che l’Unione attragga in capo a sé ulteriori competenze¹⁹⁷. Che la dimensione istituzionale sia una componente imprescindibile si ricava, del resto, da una considerazione delle tradizioni costituzionali comuni e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹⁸. Un’esame di quest’ultima ha mostrato una crescente attenzione dei giudici europei per il rilievo pubblicistico della radiotelevisione, capace di prevalere sul profilo economico e individuale, anche per il suo valore culturale. Una volta riconosciuto che quest’ultimo appartiene alla dimensione oggettiva, è possibile inquadrare i conflitti summenzionati come una contrapposizione della libertà di circolazione dei servizi (o di stabilimento) non tanto con gli interessi statali di carattere imperativo, ma piuttosto con la dimensione oggettiva della libertà di informazione, valorizzando quindi la capacità di quest’ultima (in quanto declinazione di un diritto più che interesse statale) di limitare intrinsecamente le libertà del mercato¹⁹⁹.

Con riguardo alla seconda questione, hanno molto colpito le sentenze del 2008 in materia di diritti sociali: in tali decisioni la Corte di Giustizia, com’è noto, ha bensì riconosciuto che le libertà sindacali costituiscono dei diritti fondamentali, ma le ha poi inquadrate in operazioni di bilanciamento con le tradizionali libertà di circolazione, facendole soccombere in un percorso argomentativo assai poco soddisfacente alla luce di una preminenza delle libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi, conformemente al disegno originario dei trattati. Queste libertà sono assistite, secondo

rapporti con gli ordinamenti nazionali v. A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista Aic* 1/2011.

¹⁹⁷ V., per tutti, N. LUTZHÖFT, *Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union?*, Tübingen, Mohr, 2012, 293 ss.

¹⁹⁸ CGUE, *RTL Television*, sent. 23 ottobre 2003, C-245/01; *Centro Italia 7*, sent. 31 gennaio 2008, C-380/05; *United Pan-Europe Communications*, sent. 13 dicembre 2007, C-250/06; *Kabel Deutschland Vertrieb c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, sent. 22 dicembre 2008, C-336/07; *UTECA*, sent. 5 marzo 2009, C-222/07; TPI, *TF1 c. Commissione*, sent. 11 marzo 2009, T-354/05; *M6 c. Commissione*, sent. 1 luglio 2010, T-568/08. Su queste decisioni e sulla giurisprudenza precedente v. LUTZHÖFT, *Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung*, cit., 317 ss.

¹⁹⁹ Ivi, 331 ss.

una risalente giurisprudenza della Corte, dall'immediata applicabilità ed efficacia diretta, da una più intensa soggettivizzazione e da uno scrutinio stretto. La situazione appare diversa per la libertà sindacale, la cui sfera di applicazione dipende da quella delle libertà del mercato e la cui protezione, a livello europeo, tende ad appiattirsi su uno *standard* minimo, essendo tale tendenza favorita dallo stadio incipiente dell'azione collettiva transfrontaliera e dal disinteresse della Corte a valorizzare le specificità nazionali dell'autotutela sindacale²⁰⁰. La protezione dei diritti sociali si è inoltre mostrata carente per l'omissione di adeguate iniziative, da parte degli organi dell'Unione, sul piano della dimensione istituzionale, e cioè per la mancata adozione – con il concorso degli stati membri nelle materie di rispettiva competenza – di misure promozionali come le politiche dell'occupazione e della coesione sociale, idonee a rendere i diritti più effettivi²⁰¹. Una parziale compensazione si è avuta con una serie giurisprudenziale ormai consistente, nella quale la Corte di Lussemburgo ha interpretato in maniera espansiva la cittadinanza dell'Unione e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, per fondare una pretesa a prestazioni sociali in capo al cittadino di uno stato membro, residente in un altro stato membro, a condizione che una pretesa siffatta non costituisca un «onere eccessivo» per lo stato ospitante²⁰². Queste pronunce sono state salutate da alcuni autori come una manifestazione di solidarietà transnazionale tra cittadini di una medesima comunità²⁰³; altri commentatori hanno invece denunciato il rischio di soluzioni siffatte per diverse e concorrenti ragioni: sono

²⁰⁰ Cfr. CGUE, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line Abp e OÜ Viking Line Eesti*, sent. 11 dicembre 2007, C-438/05; *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, sent. 18 dicembre 2007, C-341/05; *Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen*, sent. 3 aprile 2008, C-346/06; *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, sent. 19 giugno 2008, C-319/06; *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, sent. 15 luglio 2010, C-271/08, su cui v., tra i molti commenti critici, S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.* 2008, 245 ss.; G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, v. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 367 ss.; V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. Andreoni, B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, Ediesse, 2009, 51 ss.; F. ANGELINI, *L'Europa sociale affidata alla Corte di Giustizia CE: "sbilanciamento giudiziale" versus "omogeneità costituzionale"*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, v. II, Napoli, Jovene, 2010, 1495 ss.; S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in L. D'Andea et al. (a cura di), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015, 245 ss., ma già A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2007, 61 ss.

²⁰¹ Che la promozione dei diritti non sia un'esigenza estranea al livello dell'UE è testimoniato dall'istituzione dell'Agenzia dei diritti fondamentali, su cui v. M. CARTABIA, E. LAMARQUE, D. TEGA, *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *DUE* 2009, 531 ss. Sulla reciproca integrazione tra politiche europee e giurisprudenza in materia di diritti v. L. VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, in *federalismi.it* 1/2012.

²⁰² Cfr. almeno CGUE, *Martínez Sala*, sent. 12 maggio 1998, C-85/96; *Grzelczyk*, sent. 20 settembre 2001, C-184/99; *Baumbast*, sent. 17 settembre 2002, C-413/99; *Trojani*, sent. 19 ottobre 2004, C-456/02; *Bidar*, sent. 15 marzo 2005, C-209/03; *Brey*, sent. 19 settembre 2013, C-140/12; *Dano*, 11 novembre 2014, C-333/13; *Alimanovic*, sent. 15 settembre 2015, C-67/14.

²⁰³ C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in E. Spaventa, M. Dougan (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Hart, Oxford, 2005, 157 ss.; con alcune differenziazioni M. DOUGAN, E. SPAVENTA, "Wish You Weren't Here". *New Model of Social Solidarity in the European Union*, ivi, 181 ss.

state assunte da un giudice al di fuori del processo politico, hanno perpetuato un modello individualistico di integrazione (premiando chi singolarmente fa esercizio della libertà di circolazione a scapito di chi rimane nel proprio paese), sono apparse suscettibili di danneggiare chi si trovi in condizioni più serie di bisogno e necessiti di misure sociali per la propria esistenza, provocando quindi ricadute negative sui delicati equilibri del *welfare* nazionale²⁰⁴.

Com'è noto, l'asimmetria tra il rafforzamento del mercato unico e della stabilità monetaria, a livello europeo, e l'indebolimento dello stato sociale a livello nazionale si è ulteriormente aggravata a causa del protrarsi della crisi economico-finanziaria, che ha spostato il baricentro dell'azione dell'Unione sull'imposizione agli stati di parametri di bilancio e sulla predisposizione di aiuti finanziari ai paesi in difficoltà, aiuti subordinati a stretti vincoli di condizionalità²⁰⁵. Per controbilanciare tale tendenza, si è cercato di esplorare e potenziare i margini di operatività del principio di solidarietà, particolarmente valorizzato dal Trattato di Lisbona e dalla Carta di Nizza, nell'ambito dei rapporti tra gli stati membri, nella consapevolezza che la solidarietà tra gli stati si regge, da ultimo, sulla solidarietà tra i loro cittadini²⁰⁶. Inutile dire che, al fine dell'adozione di misure promozionali volte a rafforzare la coesione sociale e la solidarietà, un presupposto essenziale è quello dell'esistenza di un tessuto democratico e di un sistema rappresentativo robusto e vivace, che invece sembrano ancora mancare a livello europeo, sia per ragioni strutturali dovute alla summenzionata fragilità del principio rappresentativo, sia per l'indebolimento dell'azione delle parti sociali, sia per

²⁰⁴ A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human But Less Social?*, Arena Working Paper online, n. 11/2009, 33 ss.; A. SOMEK, *Solidarity Decomposed. Being and Time in European Citizenship*, in *ELR* 2007, 787 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, il Mulino, 2012, 219 ss., 225 ss.

²⁰⁵ V. per tutti S. SCIARRA, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in *DUE* 2015, 757 ss. Nella cospicua letteratura recente relativa all'impatto della crisi sui diritti sociali nazionali e sul loro rapporto con il principio di equilibrio del bilancio v. C. KILPATRICK, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Times of Crises in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EU Working Paper Law 2014/5. Sull'Italia v. in particolare M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio d'Atena*, v. III, cit., 1673 ss.; CIOLLI, *Le ragioni dei diritti*, cit., 114 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 145 ss. Per una diversa prospettiva v. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.* 2014, 79 ss. Sulla ritrosia, da parte delle corti europee, ad occuparsi dei diritti sociali al tempo della crisi v. A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: Quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.* 2013, 1011 ss.; F. SAITTO, *La "solitudine" delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.* 2016, 421 ss.

²⁰⁶ Cfr. C. CALLIESS, *Das Europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft*, FCE 1/11, in *whi-berlin.eu*; I. PERNICE, *Solidarität in Europa – Eine Ortsbestimmung im Verhältnis zwischen Bürger, Staat und Europäischer Union*, in C. Calliess (hg.), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, Tübingen, Mohr, 2013, 25 ss.; R. BIEBER, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in Europäischen Union*, ivi, 67 ss.; A. SCHILLACI, *Gobierno de la economía y desarrollo democrático de la Unión europea. Apuntes sobre el principio de solidaridad*, in *Rev. der. const. eur.* 25/2016, *ugr.es*. V. altresì M. ROSS, *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?*, in Id., Y. Botgmann-Prebil (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 23 ss. ed ivi, 33-34, sul profilo politico del principio di solidarietà.

la cospicua crescita di partiti e movimenti politici antieuropei²⁰⁷. In assenza di concrete prospettive federaliste di più ampio e lungo respiro, i punti critici degli assetti dell'Unione tendono quindi a indebolirsi a vicenda.

4. Osservazioni conclusive

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato come la dimensione individuale e quella istituzionale dei diritti fondamentali possano ritenersi complementari. Alle origini del costituzionalismo moderno, i diritti hanno assunto un significato fondativo e progettuale, oltre che difensivo. Quest'ultimo, peraltro, non poteva considerarsi esclusivo nemmeno per il periodo dello stato liberale. Nelle costituzioni contemporanee, caratterizzate dall'apertura verso una società pluralistica e conflittuale e dalla sensibilità per una concezione reale e promozionale della libertà, il tema della multidimensionalità dei diritti ha mostrato profili più articolati. Fin dal tempo della costituzione weimariana sono emerse, accanto ai diritti individuali di difesa, le garanzie di istituto e la funzione materiale di integrazione dei diritti. Il peso relativo di ciascuna dimensione dipende comunque dai diritti interessati: se, in alcuni di essi, tende a prevalere la dimensione individuale (è il caso, ad esempio, della libertà personale e di quella di opinione), in altri è maggiormente rilevante la dimensione istituzionale (i diritti sociali), in altri ancora l'una e l'altra sono più strettamente intrecciate (la proprietà, la libertà di stampa e degli altri *media*, le libertà associative, il diritto di voto e il diritto di difesa)²⁰⁸.

L'esame delle singole esperienze costituzionali ha consentito di mettere in luce alcuni aspetti comuni, quali la considerazione dei diritti come principi e valori costituzionali, il ricorso a canoni di bilanciamento e ponderazione da parte dei giudici, il compito conformativo del legislatore, la predisposizione di prestazioni, misure organizzative e procedimenti, nonché l'efficacia orizzontale dei diritti, immediata o mediata. Ma si sono osservati anche elementi di differenza, tra i quali, con riferimento alla costituzione tedesca, una concezione più compatta del sistema assiologico, un'operatività più estesa degli obblighi di protezione e una distinzione più netta tra funzione limitativa e funzione conformativa della legge. Nel contesto italiano, si è evidenziata una struttura meno avvolgente dei valori costituzionali, un'attenzione più puntuale per le garanzie e un più chiaro legame dei diritti con i compiti di trasformazione sociale. Relativamente agli Stati Uniti, l'indagine ha preso bensì le mosse da una maggiore resistenza dell'idea della libertà negativa, ma ha altresì messo in luce una serie di manifestazioni significative della dimensione ordinamentale.

Alle due grandi dimensioni dei diritti, individuale e istituzionale, corrispondono rispettivamente una tradizione liberale e una tradizione comunitaria. Tali tradizioni non definiscono in maniera esclusiva le singole esperienze costituzionali ma sono compresenti in ciascuna di esse, nella misura in cui la realizzazione della libertà non

²⁰⁷ Su tali questioni cfr. rispettivamente a A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, Giappichelli, 2014; F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Rivistaaic.it* 2/2013; SCIARRA, *Il diritto sociale europeo*, cit., 763 ss., e il fascicolo n. 3 del 2015 di *Diritto pubblico comparato ed europeo*, dedicato al tema *I partiti antipartito nella crisi della rappresentanza politica*, ed ivi i contributi di E. Mostacci (con L. Testa), M. Mazza, C. Anthopoulos e N. Garipidis, F. Mandák, G.J. Leenknegt, J.O. Frosini, R.L. Blanco Valdès, S. Ceccanti e S. Curreri, A. De Petris e J. Woelk e G.F. Ferrari.

²⁰⁸ Ha richiamato l'attenzione su questi aspetti G. CONTI, nella sua relazione conclusiva.

presuppone una persona isolata, ma un ordine sociale i cui membri sono uniti da una rete di legami²⁰⁹. Quello che cambia è la loro conformazione specifica: ad esempio, la tradizione liberale ha avuto tratti più marcati negli Stati Uniti, dove è stata fortemente permeata dal valore della libertà individuale, mentre nei paesi europei è stata riletta attraverso il principio di dignità. Quest'ultimo, a sua volta, è stato declinato in Germania prevalentemente nel senso dell'autonomia morale e in Italia nel senso dell'eguaglianza sociale. Per converso, la tradizione comunitaria ha avuto una connotazione più orientata al repubblicanesimo negli Stati Uniti, più organicistica in Germania e più pluralistico-solidaristica in Italia. Una specificità propria è osservabile anche per gli ordinamenti europei, dove la tradizione liberale è stata inizialmente prevalente, vuoi per contingenze storiche (nella CEDU), vuoi per il ruolo costitutivo delle libertà di circolazione e del mercato (nella UE). Ma non mancano aspetti riconducibili alla tradizione comunitaria, quali l'espansione degli obblighi di protezione e la considerazione degli interessi nazionali tramite la dottrina del margine di apprezzamento, nella Convenzione, per arrivare al forte investimento nella dimensione assiologica dei diritti nella Carta dell'UE, pur con le incertezze che connotano attualmente i diritti sociali. E, tuttavia, anche questi rilievi appaiono per certi versi provvisori, se è vero che le culture costituzionali non sono statiche e chiuse ma dinamiche e permeabili, caratterizzate da cambiamenti e influenze reciproche.

Tali conclusioni appaiono avvalorate se si estende l'analisi all'ulteriore elemento dei doveri costituzionali e dei relativi rapporti con i diritti fondamentali²¹⁰. Anche a questo riguardo, vi sono differenze nei vari contesti: nella costituzione federale degli Stati Uniti mancano norme specifiche sui doveri, ma permane l'eredità del repubblicanesimo e del contrattualismo, nella cui logica i doveri dei cittadini sono finalizzati ad assicurare la protezione statale dei diritti²¹¹. In Germania, il ruolo apparentemente recessivo dei doveri nella Legge fondamentale si spiega non solo come una reazione al nazionalsocialismo (dove la persona era totalmente assorbita nella dimensione dei doveri) e come una distinzione rispetto agli stati socialisti (dove i doveri

²⁰⁹ Cfr. U.VOLKMANN, *Freiheit und Gemeinschaft*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 341 ss.; W. BRUGGER, *Communitarianism as the Social Legal Theory Behind the German Constitution*, in *ICoN* 2004, 431 ss. Significativa la tendenziale convergenza, da punti di partenza diversi, di R.M. DWORKIN, *Liberal Community*, in *Cal. L. Rev.* 1989, 479 ss. e P. SELZNICK, *Kommunitarischer Liberalismus*, in *Der Staat* 1995, 487 ss.

²¹⁰ Tra le ricostruzioni generali v. almeno H. HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, cit., 322 ss.; O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; A. RANDELZHOFFER, *Grundrechte und Grundpflichten*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 595 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio sui doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968. Nella dottrina italiana più recente v. inoltre L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014; G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *treccani.it* (2014); F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 7 ss.; A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. Dal Canto, E. Rossi (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 39 ss.; R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007; LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri*, cit., 1679 ss., nonché G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 93 ss.

²¹¹ Cfr. l'art. 10 della costituzione del Massachusetts del 1780, sul punto v. HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 324; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *VVDStRL* 1982, Berlin, de Gruyter, 1983, 47-48.

imprimevano una curvatura funzionalistica ai diritti). Ma esso è dovuto anche alla riluttanza a introdurre in costituzione norme non direttamente azionabili. E, tuttavia, per un verso i doveri sono considerati un presupposto implicito dello stato e per l'altro puntuali riferimenti ad essi non mancano nemmeno nel *Grundgesetz* (dalla declinazione della proprietà in termini obbliganti al dovere di istruzione). La categoria dei doveri fondamentali è stata comunque accolta dalla dottrina tedesca maggioritaria, che ha valorizzato una delle principali innovazioni della costituzione weimariana, riconsiderando i classici doveri dello stato liberale alla luce del costituzionalismo sociale²¹². Un significato di indubbio rilievo assumono poi i doveri inderogabili nella costituzione italiana, dove non solo hanno una struttura precettiva omogenea rispetto a quella dei diritti inviolabili, ma sono anche immediatamente associati al principio solidaristico, nel suo profilo politico, economico e sociale, che si caratterizza per una componente partecipativa. Più ancora che negli altri paesi, spicca in Italia il significato dei doveri costituzionali come veicolo per il raggiungimento di una base minima di omogeneità sociale in un contesto fortemente pluralizzato e conflittuale: se, in passato, tale conflittualità era riconducibile prevalentemente alle contrapposizioni politiche, oggi essa segue anche le fratture sociali o religiose, che sono state amplificate dal fenomeno migratorio²¹³.

Ci si può chiedere, a questo punto, in che modo il discorso sui doveri intersechi quello sulle dimensioni dei diritti. I rapporti tra diritti e doveri possono essere impostati in modo diverso, a seconda di come si intendano i diritti stessi. Se, infatti, si concepiscono i diritti prevalentemente nella dimensione difensiva, la loro relazione con i doveri viene inquadrata per lo più in maniera antitetica. Era questo, ad esempio, ciò che accadeva nelle teorie giuspositivistiche dominanti nella seconda metà del XIX secolo (dove peraltro la dimensione del dovere finiva con l'imporsi su quella del diritto) e nella dottrina della *Verteilungslehre* schmittiana (dove i doveri fondamentali della costituzione venivano privati di normatività)²¹⁴. Schmitt, però, pur svalutando la dimensione prescrittiva dei doveri, aveva inquadrato materialmente questi ultimi nella sfera del principio democratico. Tale aspetto era stato rimarcato, in una prospettiva costituzionale molto diversa, anche da Heller, che aveva messo in luce la dimensione costitutiva e organizzativa dei diritti e aveva ravvisato una unità tra diritti e doveri nello svolgimento del processo democratico e nell'assolvimento dei fini sociali dello stato. Per quanto riguarda la teoria smendiana dell'integrazione, il dovere vi assumeva un ruolo centrale ma duplice: per un verso, l'integrazione si fondava sulla partecipazione del cittadino alla vita della comunità statale come dovere etico, per l'altro, la dimensione assiologica e istituzionale dei diritti tendeva ad avere un significato assorbente, dato che ad essa era «immanen[te] il dovere etico-sociale», percepito come

²¹² Ivi, 49 ss.; ID., *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 322-323; V. GÖTZ, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *VVDStRL* 1982, Berlin, de Gruyter, 1983, 8 ss.; RANDELZHOFFER, *Grundrechte und Grundpflichten*, 603 ss.

²¹³ La posizione classica è di LOMBARDI, *Contributo*, cit., 45 ss., 144 ss., Sull'evoluzione più recente v. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *costituzionalismo.it* 1/2016, 1 ss.; G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, ivi, 125 ss. In particolare, con riferimento ai migranti, ID., *I doveri costituzionali degli immigrati*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 86 ss.; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AIC, *Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, 229 ss.

²¹⁴ LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 281 ss., 319 ss.

«compito» del cittadino. Successivamente, il profilo etico-sociale del dovere sarebbe servito da sostrato per i doveri più propriamente giuridici del cittadino, nell'ambito di una concezione del *Bürger* fortemente connotata dalla responsabilità per il bene comune e dalla dimensione democratico-partecipativa dei diritti²¹⁵.

Se, quindi, la prevalenza della dimensione difensiva spinge a contrapporre i diritti ai doveri, una considerazione della pluridimensionalità dei diritti mette a fuoco i molteplici nessi tra gli uni e gli altri, nessi che possono essere meglio specificati.

Nella prospettiva individuale del diritto di libertà, il dovere tende a confondersi con i limiti del diritto: il singolo deve astenersi o sopportare quelle interferenze che siano giustificate dalla tutela dei diritti altrui o dall'interesse della collettività. Nonostante l'analoga efficacia restrittiva nei confronti dei diritti fondamentali, il significato dei doveri non coincide tuttavia con i limiti di questi ultimi, rimandando a un coinvolgimento diretto del singolo, tramite obblighi positivi di azione per il raggiungimento del bene comune. Ciò appare evidente nei doveri che trovano riconoscimento nella gran parte delle esperienze costituzionali, come quelli di prestazione tributaria, di istruzione e di difesa²¹⁶. Da questo punto di vista, i doveri stanno in una relazione molto stretta con le dimensioni istituzionali dei diritti, dato che il loro adempimento è strumento necessario per l'organizzazione della protezione dei diritti stessi e quindi per la loro effettività. Per converso, le dimensioni istituzionali dei diritti implicano una «accentuazione del profilo doveroso» dei diritti di libertà, che coinvolge non solo il potere pubblico ma anche i soggetti privati²¹⁷: si pensi all'efficacia orizzontale dei diritti, che richiede di esercitarli nell'osservanza di valori costituzionali potenzialmente confliggenti, o agli obblighi di protezione, che impongono al soggetto «perturbatore» l'assunzione di cautele nei confronti del soggetto «vittima», o ancora alla dimensione democratico-partecipativa, che investe il diritto-dovere di voto e implica un dovere di fedeltà verso i valori costituzionali, o infine alla dimensione istituzionale in senso stretto, secondo cui il titolare del diritto deve esercitarlo nei binari tracciati dalla conformazione legislativa. Alla luce di tale legame non stupisce che in Germania, in assenza di un fondamento costituzionale esplicito per i doveri fondamentali, esso sia stato rinvenuto in alcune norme sui diritti (quelle che sanciscono la reciprocità dell'autonomia individuale, l'eguale libertà e la dignità umana), e nemmeno che in Italia i doveri di solidarietà siano stati considerati espressione del principio personalistico²¹⁸. Ma appare chiaro altresì che diritti e doveri si incontrano nell'assicurare entrambi l'effettività al principio democratico e a quello solidaristico. Ciò non significa, peraltro, che diritti e doveri siano perfettamente complementari, nel senso di essere i termini di un rapporto sinallagmatico di scambio, perché lo stato costituzionale si caratterizza pur

²¹⁵ Ivi, 321 ss. (327-328); SMEND, *Bürger und Burgeois*, cit., 316. Cfr. altresì GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 9 ss.

²¹⁶ Sulla questione, in una prospettiva generale, si segnalano alcuni contributi della dottrina tedesca, tra cui GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 13 ss.; HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 339 ss.; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, cit., 76 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 463 ss.; RANDELZHOFFER, *Grundrechte und Grundpflichten*, cit., 616 ss., ma cfr. altresì LOMBARDI, *Contributo*, cit., 36-38. Sui doveri come limiti ai diritti v. CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 305 ss.

²¹⁷ E. DENNINGER, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, in *JZ* 1975, 547. Cfr. altresì GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 14-15; VOLKMANN, *Freiheit und Gemeinschaft*, cit., 358, 375 ss.

²¹⁸ V. rispettivamente HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 340 ss.; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, cit., 71 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 444 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, cit., cit., 51-52.

sempre per un'asimmetria, non teorica ma contenutistica, in favore del principio di libertà – pur restando l'adempimento dei doveri indispensabile per la formazione e la tenuta di una comunità politica – e perché le norme sui doveri vanno interpretate alla luce del principio di tassatività e in una prospettiva garantistica²¹⁹.

Se, per un verso, la sintesi dei diritti e dei doveri in capo a uno stesso soggetto è rappresentata dallo *status* di cittadinanza, per l'altro il loro anello di congiunzione, qualora essi riguardino soggetti diversi, è costituito dai principi di solidarietà e di responsabilità. Questi ultimi rimandano bensì a matrici culturali differenti – quella protestante, in Germania, per la responsabilità, quella cattolica e quella delle sinistre, in Italia, per la solidarietà –, ma presentano altresì aspetti comuni, nella misura in cui prendono le mosse da un *Menschenbild* che si regge sui legami interpersonali, che concepisce ciascun individuo come responsabile non solo *della* propria libertà ma anche *per* la libertà degli altri, e che tende a mobilitare le energie di uomini e donne per estendere le reti dell'inclusione sociale e dei processi democratici. I principi di responsabilità e solidarietà assicurano l'effettività dei diritti, nella loro multidimensionalità, attraverso l'imposizione mirata e reciproca di doveri sia orizzontalmente, ai membri della comunità, sia verticalmente, alle istituzioni pubbliche. Meno radicato è questo profilo negli Stati Uniti, dove il pensiero repubblicano è stato all'origine di un'idea di lealtà costituzionale bensì eticamente fondata, ma dalla più debole connotazione solidaristico-redistributiva²²⁰.

Concludendo, credo che la domanda circa la prevalenza della dimensione individuale o di quella istituzionale dei diritti sia forse fuorviante, se posta in termini assoluti, nel senso che alle democrazie pluralistiche contemporanee sono consustanziali entrambe, così come lo sono i rispettivi meccanismi di garanzia (attività del giudice comune, del legislatore e della corte costituzionale), senza che possa dirsi che l'una prevalga nettamente sull'altra. Le esperienze del passato hanno insegnato che un totale assorbimento della dimensione individuale in quella ordinamentale rischia di compromettere il significato del principio di libertà come argine e contropotere di fronte agli arbitri statali. Appaiono quindi condivisibili i rilievi della giurisprudenza – fin dalla sentenza Lüth – e della dottrina, secondo cui i diritti fondamentali sono in primo luogo diritti di difesa contro lo stato. Ma è vero anche l'inverso, e cioè che una considerazione dei diritti soltanto nella prospettiva individuale e difensiva sarebbe parziale e priverebbe di una tutela effettiva un vasto spettro di posizioni e un'ampia fascia di persone. Nessuna delle due dimensioni, dunque, prevale in maniera netta e definitiva sull'altra,

²¹⁹ GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 12 ss.; HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 343 ss.; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, cit., 54 ss., 68 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 532 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, cit., 12 ss., 39 ss., 465 ss.; CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 35 ss.

²²⁰ V. almeno P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Bern Stuttgart, Haupt, 1984, 67 ss., 197 ss.; H.K. KLEMENT, *Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2006, 395 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma Bari, Laterza, 2014, 17, 28, 32, 48 ss.; PEZZINI, *Dimensioni*, cit. Sulle diverse matrici del principio di solidarietà v. BARBERA, *Art. 2*, cit., 50 ss.; F. GIUFFRÉ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 3 ss.; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in Ead., D. Florenzano, F. Cortese (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2015, 60 ss. Sul concetto statunitense di *constitutional faith* v. S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988. Sul rapporto tra libertà e responsabilità individuale v. altresì G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?* (1990), in Id., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2014, 169 ss.

ma esse si pongono in una relazione di mutuo contemperamento e rafforzamento. Così come il rapporto tra diritti e doveri, anche quello tra dimensioni individuali e istituzionali, che del primo è per certi versi un'implicazione, è strutturato e riempito di senso dai principi di responsabilità e solidarietà. Non è di poco momento che l'attivazione di questi ultimi appaia oggi la via principale, benché non priva di ostacoli, per assicurare una qualche prospettiva di sviluppo al processo di integrazione europea²²¹. Quest'ultimo, infatti, passa anche per la salvaguardia di un equilibrio tra la dimensione individuale e quella istituzionale dei diritti.

²²¹ Oltre agli autori richiamati *supra*, n. 206, v. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma Bari, Laterza, 2014, 30 ss.