



Diritti e libertà



1. I diritti nell'età del costituzionalismo

L'origine storica dei diritti costituzionali è tradizionalmente rinvenuta nell'età delle grandi rivoluzioni borghesi, nell'affermarsi di una precisa idea di Costituzione, mirabilmente espressa nella nota formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una Costituzione". È l'idea base del **costituzionalismo, sottoporre il potere a regole**, subordinando quest'ultimo ai bisogni della società e degli individui. È il grande "sogno" dello Stato di diritto, che comincia a tradursi nelle Costituzioni e nelle Carte dei diritti che segnano gli esiti della rivoluzione parlamentare inglese, dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America, della rivoluzione francese. Basti pensare all'importanza storica della *Petition of Rights* del Parlamento inglese (7 giugno 1628), della Carta inglese dei diritti (*The Bill of Rights* del 13 febbraio 1689), della Dichiarazione d'indipendenza americana (*Declaration of Independence* del 4 luglio 1776), della Costituzione degli Stati Uniti (17 settembre 1787) e del *Bill of Rights* americano (approvato dal Congresso il 25 settembre 1789 e definitivamente ratificato dagli Stati membri il 15 dicembre 1791), nonché della già richiamata Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789).

Le suddette Carte costituiscono senz'altro una tappa decisiva nel processo di graduale affermazione dei diritti costituzionali e i loro contenuti si riveleranno capaci di trascendere le stesse esigenze proprie dello specifico ceto sociale, la borghesia, che li aveva fortemente voluti. È indubbio, infatti, che il riconoscimento dei diritti e delle libertà individuali appare in questa prima fase legato da un "nesso funzionale" con gli assetti dello stato borghese e rappresenta il soddisfacimento delle rivendicazioni rivolte all'"abbattimento delle barriere che ostacolavano il libero sviluppo del mercato e della concorrenza" (la stessa "eguaglianza formale dei diritti, il riconoscimento dei quali non era ancorato a *status* privilegiati, era ... perfettamente coerente con un modello di economia concorrenziale, che pretendeva appunto una posizione di parità giuridica di tutti i soggetti operanti nel mercato": RIDOLA, 2006, 40). Ma è altrettanto certo che i contenuti delle Carte degli albori del costituzionalismo moderno costituiranno la base per un significativo processo di arricchimento e trasformazione che avrà come esiti principali l'estensione "sostanziale" del riconoscimento dei diritti alla generalità degli individui e l'affermazione di un impegno concreto dello Stato (o più in generale delle

istituzioni) alla rimozione delle disuguaglianze (c.d. principio di eguaglianza “sostanziale”).

Il costituzionalismo democratico

Saranno, in specie, le trasformazioni del costituzionalismo democratico del XX secolo a produrre mutamenti radicali anche sul terreno dei diritti costituzionali (RIDOLA, 2006, 112), destinati ad esprimersi, anzitutto, nell’obiettivo di garantire a tutti l’effettivo (“sostanziale” e non solo “formale”) godimento dei diritti riconosciuti, anche prefigurando un impegno istituzionale rivolto alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei consociati. Questo esito e le relative traduzioni di esso nelle Costituzioni del secondo dopoguerra) sarà reso possibile proprio dal superamento dei contenuti politici che costituivano il presupposto delle strutture dello Stato liberale (di diritto) ottocentesco, basato su “una costituzione politicamente liberale, economicamente liberista, socialmente borghese” che, malgrado garantisse formalmente le libertà individuali in modo eguale a tutti i cittadini, finiva per favorire “i datori di lavoro nei confronti dei lavoratori e, più generalmente, i possidenti rispetto agli indigenti”, attribuendo, non a caso, anche i diritti politici in ragione del censo o del grado di educazione (PALADIN, 1998, 42 s.).

Il nesso fra tutela dei diritti e evoluzione delle forme di Stato

Con la locuzione “forma di Stato” si indica il rapporto intercorrente fra i detentori del potere (governanti) e coloro che sono chiamati a rispettarne le decisioni (governati). Ciascun ordinamento giuridico organizza questo rapporto in maniera particolare, ma possono essere individuati alcuni tratti e percorsi comuni che, nel corso della storia, ne hanno segnato in maniera analoga l’evoluzione in vari ordinamenti giuridici, quantomeno in quelli appartenenti all’area geografica cui l’Italia appartiene.

Uno degli elementi che meglio aiuta a comprendere il complesso sviluppo e l’articolazione delle forme di Stato nel corso del tempo è senz’altro costituito dal progressivo riconoscimento di diritti e libertà, nonché (e, come si vedrà diffusamente nel prosieguo, i due aspetti non possono essere disgiunti) dalla maniera di intendere il ruolo statale nella loro garanzia, dal *quantum*, dalle modalità di tutela di ciascuno di essi e dall’effettività della stessa.

Guardando a questi profili, la dottrina tradizionalmente distingue fra:

a. Stato patrimoniale: forma di Stato tipica dell’età feudale, caratterizzata dalla confusione fra patrimonio statale e patrimonio del sovrano (e dei feudatari). In questa forma di Stato i governati sono considerati sudditi e possono vantare scarsi diritti, domandandone una tutela in sede statale. In linea principale si tratta di pretese di intervento a garanzia di soluzione delle controversie fra privati;

b. Stato assoluto: forma di Stato caratterizzata, quale reazione al particolarismo feudale (MARTINES, 2005, 121), da un forte accentramento del potere in un unico sovrano, il quale gode di un potere autoritario nei confronti dei sudditi. In questa forma di Stato, le situazioni giuridiche soggettive dipendono in

larghissima misura dalla discrezionalità (se non dall'arbitrio) delle decisioni del sovrano;

c. Stato di polizia: forma di Stato affermatasi durante il XVIII secolo e consolidatasi nel successivo, caratterizzata dalla progressiva concessione (dall'alto) di una serie di tutele volte ad assicurare il benessere della *polis* (di qui, la locuzione Stato di "polizia", troppo spesso confusa invece con gli eccessi dei regimi di controllo dell'ordine pubblico affidati alle autorità di pubblica sicurezza). La protezione delle situazioni giuridiche riconosciute (ancora non propriamente qualificabili come diritti, poiché dipendenti dalla decisione e dalla concessione sovrana) passa attraverso l'istituzione del fisco, chiamato a risarcire in danaro le eventuali violazioni riscontrate;

d. Stato di diritto: è solo con l'affermazione di questa forma di Stato (fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo) che si afferma la sottoposizione dei governanti a regole e leggi e che, dunque, si inizia a concepire la tutela delle situazioni giuridiche dei governati come soggetta alle leggi e non già al sovrano. Iniziano così a sorgere situazioni giuridiche qualificabili come veri e propri diritti, garantiti da un apparato statale in cui i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario sono separati ed indipendenti (secondo l'insegnamento di Montesquieu) e tutti soggetti alle leggi (di qui, la locuzione Stato "di diritto"), dunque non esercitabili in maniera arbitraria (MODUGNO, 2012, 50 ss.).

Con l'avvento di questa forma di Stato, dunque, il rapporto fra governanti e governati nella decisione relativa a *quali* diritti e libertà garantire, al *quantum* della loro garanzia e alle *modalità* di tutela è radicalmente mutato rispetto al passato, contemplando un ruolo attivo e decisivo dei governati in tutte queste decisioni. Per tale ragione nell'ambito dello Stato di diritto si sono date e possono darsi differenti scelte relativamente a ciascuno di questi aspetti, tali scelte dipendendo dal contesto storico, culturale, economico e politico, dalle esigenze in continua evoluzione della società, dalla progressiva assunzione di consapevolezza della necessità di diverse o ulteriori modalità di tutela effettiva dei diritti. E così, ad esempio, si è maturata un'evoluzione dallo Stato *liberale* di diritto – cui si chiedeva principalmente, in anni di affermazione della classe borghese e dell'economia di mercato, di astenersi dall'intervento sul privato, per assicurare la libertà in diversi ambiti della vita e, specialmente, nell'agire economico – allo Stato *sociale* di diritto, cui invece si domanda un intervento per arginare le sperequazioni e rimuovere gli ostacoli che, nei fatti, si frappongono ad un esercizio sostanzialmente eguale dei diritti e delle libertà. Quest'ultima forma di Stato, come si vedrà, è sempre più duramente messa alla prova dal mutamento del contesto economico globale, che impone agli Stati di essere **competitivi** fra di loro, e dal differente approccio delle istituzioni sovranazionali (dell'Unione europea in particolare) delle quali l'Italia fa parte.

I paragrafi che seguono sono dedicati all'approfondimento ed all'analisi di queste evoluzioni, mantenendo uno sguardo sempre attento al rapporto esistente fra diritti tutelati, modalità di garanzia degli stessi e rapporto fra governanti e governati.

1.1. La "preistoria" dei diritti costituzionali

Nonostante la storia dei diritti costituzionali sia, come detto, intrinsecamente legata ai principi del costituzionalismo e alla loro evoluzione, non può essere comunque sottaciuta l'importanza, anche

per il nostro tema, delle **esperienze greco-romana**, di quella **cristiana** e di quella **medievale** (di quella che è stata definita la “preistoria” dei diritti costituzionali: RIDOLA, 2006, 23). Basti pensare all’influenza culturale della filosofia antica e del cristianesimo nell’affermazione del valore della dignità umana e di diritti intangibili dell’individuo o alla embrionale prefigurazione del principio tipico dello Stato di diritto rinvenibile nel famoso passo della *Politica* di Aristotele in cui si legge che “dove le leggi non imperano non c’è costituzione” (*Politica*, IV, 4, 1292 a).

Ma, nonostante questi rilievi, “non si può sostenere che la tradizione greco-romana e quella cristiana siano approdate ad una compiuta affermazione dei diritti individuali, intesi come vero e proprio fondamento dell’ordine sociale e politico”; basti pensare al fatto che l’istituto della schiavitù era uno dei pilastri della *polis* greca e che l’idea della libertà e della dignità dell’uomo era riferibile solo al cittadino, che faceva parte a pieno titolo della comunità e al quale era riconosciuto in via esclusiva il diritto di partecipare al governo della *polis* (RIDOLA, 2006, 24).

L’età
medievale

Analogamente, nonostante il consolidamento dell’idea della superiorità di taluni principi rispetto a quelli posti dal legislatore e la stessa esplicita affermazione di un primo nucleo di diritti che sarà ripreso e arricchito nelle Carte dell’età del costituzionalismo, non può dirsi che i diritti individuali abbiano avuto una compiuta affermazione nemmeno nell’età medievale. In questo periodo si colloca la famosa *Magna Charta Libertatum* (1215), che i magnati del regno, i signori feudali e il clero chiesero e ottennero in Inghilterra dal re Giovanni. La *Magna Charta* costituisce senz’altro una importante incarnazione documentale dell’idea di “legge superiore”, dell’idea medievale di costituzione come “*ordine giuridico dato*, da preservare, da difendere nei confronti di tutti coloro che vogliono introdurre arbitrarie alterazioni degli equilibri esistenti” (FIORAVANTI, 1999, 33). Essa è rivolta, sul piano dei diritti, a tutelare i signori feudali dagli abusi del sovrano, il quale poteva quasi arbitrariamente disporre arresti, sottoporre a giudizio, imporre tributi. Si comincia così ad affermare, in particolare, la libertà personale, intesa come garanzia dagli arresti arbitrari, attraverso la previsione di una specifica tutela giurisdizionale, destinata a svilupparsi nella più ampia idea, sostenuta da Locke e Coke e fatta propria dai richiamati *Bill of Rights* del 1689, per cui la tutela delle libertà individuali è incomprimibile dal potere politico statale (CARETTI, 2011, 5). Ma, nella *Magna Charta* e più in generale nell’esperienza medievale, si è ancora lontani dal riconoscimento dei diritti (almeno formale) in capo alla generalità degli individui, essendo gli stessi riservati a cerchie privilegiate: “diritti e libertà hanno nel medioevo una strutturazione corporativa, sono patrimonio del feudo, del luogo, della valle, della città, del borgo, delle comunità, ed appartengono quindi agli individui solo in quanto questi

siano a loro volta ben radicati in quei territori, in quelle comunità” (FIORAVANTI, 1995, 23). Peraltro, il modello medievale di libertà, dovendo collocarsi nell’ottica più generale della difesa e della preservazione dell’ordine giuridico dato, appare assai lontano dalla dimensione moderna della libertà, intesa come libertà di volere (c.d. libertà positiva), implicando quindi che agli uomini non sia consentito fruire della “*essenziale libertà di volere un ordine diverso*” (FIORAVANTI, 1995, 23). È proprio “la assenza di questa libertà, che in radice è la progenitrice delle libertà politiche, cosiddette ‘positive’, che fa sentire a noi moderni il medioevo cosa lontana” (FIORAVANTI, 1995, 23).

Sarà solo con il **superamento del particolarismo feudale** e con la fondazione di un **nuovo ordine sociale** imperniato sulla **centralità della persona**, che, agli albori del moderno costituzionalismo, si aprirà la strada per una diversa concezione dei diritti individuali (RIDOLA, 2006, 36). La trasformazione si realizza, come detto, nell’età delle rivoluzioni sotto la spinta propulsiva dello sviluppo dell’economia mercantile e della ascesa della borghesia e si traduce in documenti costituzionali che segnano solennemente il riconoscimento di diritti intangibili dell’individuo, assistiti da un complesso di garanzie giuridiche. E “il riconoscimento dei diritti diviene il fondamento ed il metro dei limiti costituzionali del potere politico, giacché, se da una parte i diritti sono l’elemento di legittimazione dell’ordine politico, essi stessi sono ora ‘fondati’ negli assetti costituzionali e nelle trasformazioni dell’ordine politico, cui le rivoluzioni hanno dato luogo” (RIDOLA, 2006, 62).

1.2. I diritti nel costituzionalismo democratico del XX secolo

Ma la sfera degli interessi giuridicamente tutelati, senz’altro ampliata dalle Carte degli albori del moderno costituzionalismo, risultava ancora ristretta dal punto di vista degli effettivi destinatari. Sarà, infatti, solo con il **superamento delle basi oligarchiche** su cui si reggeva la prima incarnazione dello Stato moderno di diritto che soggetti estranei alla classe borghese potranno effettivamente divenire titolari di diritti costituzionali. La suddetta evoluzione, realizzatasi nel XX secolo, appare senz’altro legata alla progressiva estensione del suffragio elettorale, cui si collega la costituzione dei primi partiti di massa e dei sindacati, e, sullo sfondo, alle trasformazioni economico-sociali connesse al processo di rapida industrializzazione.

A mutare è il ruolo stesso delle Costituzioni, non “più chiamate a riflettere l’universo coerente e compatto della società borghese, ma a ‘costituire’ la trama unificante di un tessuto sociale pluralistico ed anzi percorso da forti antagonismi” (RIDOLA, 2006, 112). La **Costituzione si apre alla società**, non regola più in chiave astratta la posizione del soggetto privato nei confronti dei pubblici poteri, **non è più indifferente alle reali condizioni di vita del soggetto**. La Costitu-

Costituzione
e realtà
sociale

zione mira, secondo la nota intuizione helleriana, ad organizzare la libertà umana nella realtà sociale, tenendo conto dei contesti nei quali questa si spiega, delle divisioni e degli antagonismi sociali che si riflettono nel testo costituzionale.

La stessa teoria dei diritti non può più fondarsi solo sull'idea dell'autolimitazione dello Stato (secondo la tesi di Jellinek) ma trova il proprio impulso e il proprio fondamento nella posizione centrale riconosciuta alla "persona" e, più specificamente, come accade nella Costituzione della Repubblica italiana, nel nesso tra il riconoscimento dei diritti inviolabili (art. 2) e l'affermazione del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma). I diritti fondamentali includono, pertanto, un "profilo di cittadinanza attiva", in quanto, per il tramite della loro garanzia, i titolari di questi vengono messi "effettivamente", "socialmente" nella condizione di cittadini attivi dello Stato, ben diversamente da quanto implicato dalla dottrina degli *status* di Jellinek, "contraddistinta dal fatto che i singoli *status* si trovano isolati e rigidamente paralleli nel quadro di una prospettiva orientata alla separatezza" (HÄBERLE, 1993, 51).

I diritti fondamentali appaiono insieme l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e il presupposto per una ricostituzione continua dell'ordinamento stesso tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti (HÄBERLE, 1993, 39). Lo stesso principio democratico è così ormai caratterizzato come scelta per i principi di libertà e di eguaglianza intesi quali obiettivi dell'autodeterminazione garantita per il libero sviluppo di ciascuno e di tutti (FERRARA, 1998, 297).

Le Costituzioni del secondo dopoguerra si trovano ad affrontare il problema della "ridefinizione dello spazio inviolabile del soggetto privato", nel quale si avverte anche "la preconizzazione di qualcosa di epocale: la rivendicazione di sempre maggiori *chances* di autonoma organizzazione e di libero svolgimento delle esperienze soggettive che vede nei diritti fondamentali gli strumenti di costruzione di una biografia individuale non più scritta anticipatamente da tradizioni e costumi" (NANIA, 1989, 30 s.). Ad assumere rilievo centrale è il valore del libero sviluppo della personalità, che permette di caratterizzare il concetto di libertà assunto dalle Costituzioni come libertà positiva, come autodeterminazione del singolo in tutte le possibili direzioni (civili, etico-sociali, economico-politiche) (MODUGNO, 1995, 9).

È attorno ai principi della **dignità** e della **libertà della persona** che ruotano le **Costituzioni** e le principali **codificazioni internazionali dei diritti** del secondo dopoguerra, istituzionalizzando valori metalegislativi comuni o, per dirla con Heller, positivizzando "principi giuridici etici" assunti come presupposti (HELLER, 1988, 428). Principi che sono stati riconosciuti da "tutti", e non solo dalla maggioranza politicamente dominante, e che sono stati soprattutto riconosciuti, nei singoli Stati, con la consapevolezza che essi valgono in un ambito molto più vasto, di trovarsi di fronte a principi universali

che, nel dopo Auschwitz, dovevano trovare “un ancoraggio a qualcosa di obbiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo” (ZAGREBELSKY, 1992, 89). Si spiega così la singolare coincidenza tra i principi positivizzati nelle Costituzioni del secondo dopoguerra (si pensi agli artt. 1 e 2 della Legge Fondamentale tedesca o agli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana) e i principi positivizzati in quegli anni nel diritto internazionale (Statuto dell'ONU del 1945; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950). Ed è proprio “questa dimensione più ampia del raggio d'azione della politica statale, questo elemento quantitativo, che li rende, nei confronti delle forze politiche interne ai singoli Stati, dei principi ‘da presupporre’” (DOGLIANI, 1994, 316), ma anche, per effetto della loro istituzionalizzazione, delle istanze assiologiche di “controllo sulle scelte del diritto positivo” (MENGONI, 1996, 67 ss., in part. 74).

La **Costituzione** è vista come un **sistema di valori** (*Wertsystem*) e i **diritti fondamentali** come gli **elementi costitutivi** dello stesso, i quali, anche rispetto a ciascun titolare, si condizionano reciprocamente, rilevando tutti in vista del fine del libero e pieno sviluppo della personalità. Così, come è stato ben detto, “al fine del pieno sviluppo della personalità, deve essere offerta al singolo l'opportunità di formarsi una proprietà”, la “libertà di scelta della professione”, la “possibilità di concludere contratti e simili”, la “libertà d'opinione”, di riunirsi, di associarsi, ecc. (HÄBERLE, 1993, 46 s.). I singoli diritti fondamentali si trovano in “rapporto di complementarità”, di “*condizionamento* non soltanto con riferimento all'insieme della costituzione, bensì anche in riferimento all'individuo titolare dei diritti soggettivi”. I diritti fondamentali, dunque, “si garantiscono e si rafforzano reciprocamente” (HÄBERLE, 1993, 47), trovando la loro matrice unitaria in un certo concetto di “libertà”. La libertà, che si “esplica attraverso vari modi deontici (il permesso, la facoltà, la pretesa, il potere) e con riferimento a diversi contenuti materiali, aspetti dell'essere o direzioni dell'agire (pensare, parlare, comunicare, muoversi, ecc.)”, è “sempre *tensione* verso un determinato obiettivo ..., è sia *indipendenza* sia *autodeterminazione* o *autorealizzazione*” (MODUGNO, 1995, 7). E “i vari contenuti della libertà *non possono mai esaurire le potenzialità della tensione*, nei modi, nei contenuti o verso i fini che a volta a volta si propongono all'orizzonte delle sue possibilità. In questo senso si dice che la libertà è valore, come tale inesauribile nelle sue esplicazioni e direzioni” (MODUGNO, 1995, 7 s.).

La libertà
come valore
costituzio-
nale

Valori e principi

È opportuno precisare che, sulla base di queste riflessioni, la dottrina costituzionalistica ha elaborato un'importante distinzione, sottolineando che la posi-

tivizzazione dei valori in Costituzione implica una loro “traduzione” in principi. Questa differenza è stata tracciata con parole di ineguagliabile chiarezza da G. ZAGREBELSKY: «il valore è un *bene finale, fine a se stesso* che chiede di realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*. Il valore “vale” come autorizzazione all’azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di legittimità dell’azione o del giudizio. Il criterio di legittimità è l’efficienza al fine. Ogni mezzo è autorizzato in quanto sia funzionale al fine. (...) Il principio, al contrario, è un *bene iniziale* che chiede di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente orientate*. Esso ha contenuto normativo rispetto all’azione o al giudizio. Il criterio di validità dell’azione e del giudizio è la riconducibilità logica al principio. (...) Valore e principio sono dunque nozioni per diversi aspetti antitetici. (...) I valori (positivi o negativi) si esprimono attraverso predicati che indicano qualità morali di fronte alle quali si presume esclusa la neutralità e l’indifferenza (buono o cattivo; giusto o ingiusto; utile o inutile, ecc.), e quindi promuovono l’azione, senza peraltro indicarne i contenuti; i principi si esprimono invece attraverso predicati “modali”, orientati alla prassi, al *modus agendi*, che fanno appello all’agire consequenziale (*intangibile*; *inviolabile*; *responsabile*, *punibile*, ecc.) e anche in questa differenza espressiva si manifesta la radicale diversità. (...) ad esempio, il richiamo al bene della vita, *come valore* vale per i fanatici a giustificare le azioni violente contro le *équipes* mediche delle cliniche che operano aborti; la protezione della vita *come principio*, invece, apre la discussione sulle conseguenze che razionalmente il principio implica rispetto a un fatto come l’interruzione volontaria della gravidanza, nelle diverse circostanze della vita in cui può presentarsi come possibilità o necessità» (ZAGREBELSKY, 2009, 92 ss.).

1.3. Diritti fondamentali e Stato sociale

Peraltro, guardando a molte esperienze costituzionali contemporanee, il rilevato “condizionamento” sussiste non solo tra i diritti fondamentali ma anche tra questi e il principio dello Stato sociale: “se il singolo, per motivi di carattere materiale, non fosse in grado di esercitare effettivamente la propria libertà, allora questa avrebbe soltanto un valore formale; rimarrebbe sulla carta” (HÄBERLE, 1993, 49). Le Costituzioni pretendono proprio di **tutelare la libertà “reale”**, richiedono la rimozione degli ostacoli di carattere materiale che di fatto escludono la possibilità stessa della partecipazione dell’individuo alla vita della comunità. In questo senso l’idea stessa di Stato sociale è implicata da un certo concetto di libertà: garantire lo Stato sociale significa “rendere effettivi i diritti di libertà”, assicurare “agli individui un minimo di beni materiali, senza i quali non potrebbero realizzare in pratica la loro libertà” (HÄBERLE, 1993, 50), intesa, come sopra detto, sia come indipendenza sia come autodeterminazione o autorealizzazione. È l’approdo al quale pervengono le moderne democrazie pluralistiche, che si fondano sul riconoscimento e sulla garanzia dei diritti fondamentali e che traducono nell’im-

pegno ad assicurarne l'effettiva possibilità di esercizio la nota caratterizzante della forma di Stato. È l'approdo al quale perviene la nostra Costituzione repubblicana, che, nel ripudiare l'idea, ripresa ed esaltata dal fascismo, della priorità dello Stato sulla persona, non solo riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2), ma prevede uno specifico impegno alla realizzazione dell'eguaglianza "sostanziale" (art. 3, 2° comma). Alla base di queste scelte di fondo vi è il valore della libertà, tanto negativa quanto positiva, della persona umana, che "non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, *ma che è società* nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato" (MORO, *Atti dell'Assemblea Costituente*, vol. I, 593 s.). L'affermazione del necessario perseguimento dei fini di **giustizia sociale** richiede dunque allo Stato, oltre che di operare una divisione e redistribuzione dei beni al fine di realizzare l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ed il pieno sviluppo della persona umana, anche di garantire i c.d. **diritti sociali** (su cui *infra*, § 8), volti a eliminare le disuguaglianze esistenti all'interno della società, garantendo ai soggetti posizioni attive di pretesa nei confronti dei poteri pubblici (MODUGNO, 2012, 62).

2. I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. Il riconoscimento dei diritti inviolabili

L'art. 2 della Costituzione italiana afferma solennemente che "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". La formula impiegata sembra presupporre la **preesistenza dei diritti riconosciuti rispetto all'ordinamento riconoscente**, proprio in quanto logicamente anteriori a ogni istituzione politica e a ogni potere politico (compreso il legislatore) (BALDASSARRE, 1989^a, 1). La affermata "precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella" (DOSSETTI, *Atti dell'Assemblea Costituente*, I Sc., 10 settembre 1946, VI, 323 s.), accompagnata dalla proclamazione della "pari dignità sociale" di tutti (art. 3 Cost.), consente di cogliere il sostrato assiologico dell'attributo della inviolabilità che va riferito "*al patrimonio irretrattabile della persona umana* intesa come totalità ossia al **principio supremo della libertà-dignità**", considerato come principio che pervade la Costituzione repubblicana "in contrap-

Il riconoscimento dei diritti inviolabili nell'art. 2 Cost.

posizione al tradizionale principio individualistico e liberale della libertà-proprietà” tipico dell’ordinamento pre-repubblicano (MODUGNO, 1995, 107, nonché BALDASSARRE, 1990, 20). In questo senso deve essere sottolineata la significatività dell’attributo “sociale” che, secondo la formulazione dell’art. 3 Cost., caratterizza la “dignità”, come segno evidente della volontà di superamento dell’“individualismo liberale delle carte dei diritti ottocentesche (e non solo di quelle)”, il quale permette di “considerare il cittadino come uomo sociale, come punto di riferimento individuante la socialità dell’uomo” (FERRARA, 1974, 1098 s.).

Gli aspetti ora evidenziati appaiono essenziali per la comprensione della effettiva dimensione dei diritti fondamentali, tutti ruotanti attorno al perno del **libero sviluppo della personalità**. Così, come vedremo, accanto alle tradizionali libertà individuali, trovano spazio le c.d. libertà collettive, la cui titolarità spetta bensì al singolo ma il cui senso specifico risiede nell’esercizio di esse da parte di più soggetti (si pensi alla libertà di riunione e di associazione, specie politica e sindacale), nonché i diritti sociali (diritto alla salute, diritto ad una retribuzione proporzionata al lavoro svolto e comunque sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa, ecc.). I diritti fondamentali entrano perciò in una dimensione nuova, sconosciuta al costituzionalismo ottocentesco, quella della partecipazione effettiva di tutti alla vita economica, sociale e politica del Paese. Dimensione che trova la sua essenziale espressione nell’art. 2 Cost., nelle forme del **principio personalistico** (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo come singolo), **pluralistico** (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità) e **solidaristico** (richiedendosi “l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”). Principi che, a loro volta, si collegano, caratterizzandolo, al principio democratico (art. 1 Cost.) e necessitano, per una loro effettiva realizzazione, proprio della rimozione “degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza tra i cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (c.d. eguaglianza sostanziale: art. 3, 2° comma, Cost.).

Ma quali sono i diritti riconosciuti come “inviolabili” nella Costituzione italiana? L’art. 2 Cost. esaurisce la sua potenzialità col richiamo ai soli diritti espressamente previsti nelle altre parti della Costituzione? In altre parole, l’art. 2 Cost. è solo la “matrice” dei diritti espressamente qualificati come inviolabili?

L’art. 2 Cost. come “norma a fattispecie chiusa”

Una parte della dottrina, animata dalla preoccupazione che all’espansione illimitata dei diritti inviolabili non scritti corrisponda una illimitata e surrettizia restrizione dei diritti costituzionalmente protetti, tende in effetti a considerare l’art. 2 come norma ricognitiva dei

diritti enumerati o, come si usa dire, norma a fattispecie chiusa (PACE, 2003, 20 ss.). Ma gli esiti ai quali si potrebbe pervenire considerando come inviolabili solo i diritti espressamente qualificati come tali sarebbero estremamente restrittivi, traducendosi questi nella libertà personale (art. 13), in quella di domicilio (art. 14), in quella di comunicazione (art. 15) e nei diritti della difesa (art. 24). Siffatta lettura “restrittiva” del catalogo dei diritti, oltre a implicare di fatto che l’art. 2 Cost. sia una norma perfettamente inutile, in quanto meramente ricognitiva dei diritti enumerati, non consentirebbe di cogliere il legame tra il loro riconoscimento e l’impegno alla rimozione di condizioni sociali di disuguaglianza contenuto nell’art. 3, 2° comma, Cost., che si traduce in una componente di “domanda attiva di libertà, indispensabile alla liberazione delle condizioni sociali di oppressione o di predominio che ostacolano la realizzazione delle sfere della personalità tutelate a livello costituzionale” (RIDOLA, 1997, 23).

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l’art. 2 Cost. vada interpretato come “clausola aperta”, o, come si usa dire, norma a fattispecie aperta, riferibile cioè ad ogni “situazione di libertà” emergente a livello di costituzione materiale (BARBERA, 1975, 80 ss.). Questa tesi, però, non solo non trova alcun appiglio positivo, ma trascura il significato dell’enumerazione dei diritti fondamentali, non dandosi cura di ricercare il fondamento positivo di presunti nuovi diritti (MODUGNO, 1995, 4).

L’art. 2 Cost. come “norma a fattispecie aperta”

2.1. Il problema dei “nuovi diritti”. Cenni

Entrambe le tesi appaiono insoddisfacenti a rispondere al quesito di fondo: vi sono (vi possono essere) “nuovi” diritti costituzionali rispetto a quelli enunciati? quale “valore” può essere riconosciuto ai diritti **emergenti** dalla evoluzione sociale?

Prima di rispondere occorre precisare in che senso i diritti “emergenti” sono “nuovi”. Essi sono “nuovi” rispetto al contenuto tradizionalmente riconosciuto ai diritti costituzionalmente codificati di cui sono comunque espressione, sviluppo. Come è stato affermato dalla Corte costituzionale “non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti” (sent. n. 98/1979). L’eventuale fondamento costituzionale di essi risiede nella possibilità di ricondurli all’evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali. Solo in questo modo i diritti emergenti dall’evoluzione sociale possono trovare il loro “fondamento positivo di *diritti per l’innanzi non contemplati* in quanto non (ancora) riconoscibili” (MODUGNO, 1995, 2). Così, ad esempio, la Corte costituzionale, con riferimento al diritto di rettifica (sent. n. 225/1974), ha potuto fare implicito riferimento al diritto all’identità personale, a sua volta certamente implicato, come il diritto al nome,

all'immagine e all'identità sessuale, nel diritto alla personalità che è presupposto dagli artt. 2 e 3 cpv. Cost., e che trova espresso riconoscimento in talune delle sue esplicazioni nell'art. 22 Cost. (secondo il quale "nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome").

Epperò ai c.d. nuovi diritti, intesi come esigenze emergenti, non corrispondono sempre situazioni giuridiche soggettive effettivamente tutelabili, soprattutto mediante azione giudiziaria, per cui **è affidato alla legislazione ordinaria il compito di enuclearli e di specificarli** per assicurarne riconoscimento e protezione, sia elevandoli a veri e propri diritti soggettivi, sia – indirettamente – predisponendo altri mezzi e strutture per la loro effettiva soddisfazione. Ma, se il legislatore non interviene, sarà l'operatore-interprete a doversi riferire alle previsioni costituzionali esplicite al fine di identificare e far valere la tutela di un "nuovo diritto". Fondamentale e spesso decisivo, in quest'opera di interpretazione estensivo-evolutiva, è il compito affidato alla Cassazione e alla Corte costituzionale, nonché, specie in sede di tutela cautelare, ai giudici comuni. Si vedrà più avanti (*infra*, § 11 e "Appendice giurisprudenziale") come il processo di integrazione europea ed il conseguente rapporto con i giudici UE e con la Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano complicato questo quadro e posto in essere specifiche problematiche, rendendo le corti sovranazionali compartecipi di quest'opera di individuazione e tutela di "nuove" istanze sociali.

Una terza
soluzione
interpretati-
va per l'art.
2 Cost.

Non v'è dubbio, quindi, che il **problema dei "nuovi diritti"** è soprattutto un **problema di tutela effettiva**, espressione della più generale esigenza di "rendere effettive le situazioni di diritto formalmente attribuite o comunque ricollegabili a qualcuna delle proclamazioni con cui la Costituzione impegna la Repubblica a fare questo o quello" (RODOTA, 1980, 170). Proprio la connessione con il problema della loro tutela effettiva induce a riflettere sulle condizioni che possono legittimare il sostanziale allargamento del patrimonio costituzionale dei diritti conseguente all'interpretazione evolutiva del catalogo positivo. Riflessione che si collega, inevitabilmente, alla questione della valenza dell'art. 2 Cost., e che induce a proporre una terza soluzione interpretativa rispetto a quelle prima descritte della norma a "fattispecie aperta" o della norma a "fattispecie chiusa". Si tratta della tesi secondo la quale l'enucleazione dei c.d. nuovi diritti non può "andar *disgiunta* dal riconoscimento della loro *inviolabilità*" (MODUGNO, 1995, 107). Sarebbero, dunque, i diritti riconosciuti come inviolabili, ossia, secondo quanto affermato nella giurisprudenza costituzionale, quelli assunti come valori primari e principi supremi dell'ordinamento costituzionale (il cui "contenuto minimo" è sottratto alla revisione costituzionale: v. sent. n. 1146/1988), i soli idonei a consentire interpretazioni ed esplicazioni evolutive della loro poten-

zialità normativa. Con un'ulteriore specificazione, e limitazione, quella per cui il carattere dell'inviolabilità andrebbe riferito "*al patrimonio irretrattabile della persona umana* intesa come totalità ossia al principio supremo della libertà-dignità" (MODUGNO, 1995, 107), considerato come principio che pervade la Costituzione repubblicana in contrapposizione, come detto, al principio individualistico della libertà-proprietà. In sostanza, secondo questa tesi, la stessa **possibilità di enucleare un nuovo diritto** è sottoposta ad una **duplice condizione**, dovendo esso essere **ricondotto** a un **diritto enumerato** e, a monte, essere **riferibile al principio supremo della libertà-dignità**.

In questo modo, il rinnovato rilievo riconosciuto al "collante del valore personalista nella costituzione" sembra in grado di far emergere "le virtualità racchiuse in singoli diritti di libertà" (RIDOLA, 1997, 17 ss.), capaci di esprimersi, come vedremo nei prossimi paragrafi, nelle "nuove forme" del diritto alla riservatezza, all'informazione, all'obiezione di coscienza, all'integrità fisico-psichica e così via, permettendo, fra l'altro di leggere il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale come non limitato alla sfera dell'"agire esterno" dell'individuo ma riguardante anche la dimensione "interiore" della sua libertà. In questa prospettiva, la libertà personale, che l'art. 13, 1° comma, Cost. qualifica come inviolabile, "non può essere esclusivamente riguardata come libertà fisica ma come **libertà psicofisica**, come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità" (MODUGNO, 1995, 12), con una significativa svolta interpretativa che, dalla lettura integrata degli artt. 2, 3 cpv. e 13, 1° comma, Cost., permette di isolare il concetto di "libertà della persona" come "diritto fundamentalissimo" (MODUGNO, 1995, 11 s.). La libertà della persona così intesa, ossia non riguardata esclusivamente come libertà fisica ma come libertà psicofisica, "è la **vera matrice dei singoli diritti personali** enumerati e degli eventuali altri diritti (non enumerati) che, in quanto parallele dirette esplicazioni, vanno considerati, alla pari degli altri, come diritti positivi della persona" (MODUGNO, 1995, 12; sul punto si tornerà *infra* al par. 6.1).

La libertà della persona come "diritto fundamentalissimo"

3. Le garanzie dei diritti nell'ordinamento costituzionale italiano

Al riconoscimento dei diritti inviolabili si accompagna significativamente, nello stesso testo dell'art. 2 Cost., la previsione della garanzia di essi. E, come si è avuto modo di sottolineare in precedenza (v. *supra*, par. 1), il *quantum* di garanzia è uno degli elementi decisivi per la definizione stessa della forma di Stato.

Le forme di garanzia dei diritti

La riserva di legge

Tra i congegni di protezione dei diritti predisposti nel nostro ordinamento costituzionale va anzitutto annoverata la riserva di legge, che costituisce un vincolo al potere legislativo a disciplinare per legge le materie “riservate”. Riservare alla legge la disciplina di determinate materie vale, in linea di massima, a garantire che su di esse intervenga l’organo direttamente rappresentativo del popolo (il Parlamento) e ad escludere le fonti secondarie, i regolamenti dell’Esecutivo, espressione della sola maggioranza di governo e non delle molteplici e diversificate istanze politico-sociali presenti in Parlamento. In questo senso, assicurare che il dibattito sulle scelte relative ai limiti cui sottoporre libertà e diritti si possa svolgere solo in sede parlamentare è istanza espressiva del principio democratico. Peraltro la giurisprudenza costituzionale e la dottrina prevalente, ponendosi forse in modo non pienamente armonico rispetto alla citata *ratio* dell’istituto, hanno ammesso che anche atti aventi forza di legge (segnatamente, decreti legge e decreti legislativi) possano intervenire in materie coperte da riserva di legge, forti del necessario intervento parlamentare in ambo i casi (successivo, in caso di decreto legge; preventivo, in caso di decreto legislativo), spostando così il criterio distintivo dall’organo alla fonte. Occorre precisare, inoltre, che il vincolo posto da una riserva di legge è presente nella nostra Costituzione non solo in senso assoluto, essendo invece modulato e di volta in volta specificato con riferimento alle possibili limitazioni dei diritti costituzionali: la disciplina dei casi e dei modi in cui queste ultime possono realizzarsi è riservata alla legge con una **diversa intensità** che appare correlata al grado di vicinanza al nucleo essenziale delle libertà dell’individuo (PALADIN, 1998, 573; BIN-PITRUZZELLA, 2009, 483 ss.).

I tipi di riserva di legge

Le riserve di legge si distinguono dunque, fra le altre cose, in base all’intensità del vincolo ricavabile dalla formulazione costituzionale. In questo senso, si intende per **assoluta** quella riserva che riguarda l’integrale disciplina della materia riservata, escludendo così ogni possibile intervento dei regolamenti governativi (fatta eccezione per quelli strettamente esecutivi e privi di contenuti innovativi rispetto alla legge). Esempi di riserva assoluta possono rinvenirsi nell’art. 13 Cost. che prevede la possibilità di procedere a restrizioni della libertà personale «*nei soli casi e modi* previsti dalla legge» o nell’art. 14 Cost., che impedisce di eseguire ispezioni, perquisizioni o sequestri domiciliari «*se non nei casi e modi* previsti dalla legge» o nell’art. 15 Cost., ove si prevede che le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione possano avvenire soltanto «*con le garanzie stabilite* dalla legge».

Diverso è il caso della riserva di legge **relativa**, tramite la quale la Costituzione richiede che i principi guida nella disciplina di una determinata materia vengano fissati con legge, ma non esclude l’intervento di regolamenti esecutivi di attuazione e integrazione (i quali, ovviamente, dovranno rispettare i

principi legislativi). Un esempio può rinvenirsi nell'art. 40 Cost., il quale prevede che il diritto di sciopero debba esercitarsi «*nell'ambito* delle leggi che regolano» o nell'art. 97 Cost., che prevede che i pubblici uffici sono organizzati «*secondo* disposizioni di legge».

Entrambe queste riserve (assoluta e relativa) possono essere **rinforzate**. Ciò accade ogniqualvolta la Costituzione non si limita a riservare la disciplina della materia (nella sua interezza o nei suoi principi) alla legge, ma esplicita anche i fini della disciplina legislativa o i modi di intervento. È quanto avviene, ad esempio, nell'art. 16 Cost., ove la riserva (relativa) posta con riferimento alle limitazioni della libertà di circolazione e soggiorno è accompagnata dall'esplicitazione dei soli motivi che possono giustificare un intervento legislativo in tal senso: «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale *per motivi di sanità o di sicurezza*».

Occorre inoltre ricordare che, ad ulteriormente contemperare una nozione astratta della riserva di legge, concorre la generale ammissione che essa possa essere soddisfatta non solo dalla legge formale (caso nel quale si parla, appunto, di riserva **formale**), ma anche dagli altri atti aventi forza di legge: ad esempio, decreti legge, decreti legislativi o atti normativi sovranazionali cui viene riconosciuta tale forza. Si ritiene generalmente che le riserve collegate alla tutela dei diritti non siano riserve di legge formali, mentre alcuni esempi di questa tipologia di riserva si rinvencono in disposizioni costituzionali, come l'art. 80 Cost., ove si prevede un intervento specifico della legge parlamentare («*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali (...)*»).

Altra forma di garanzia dei diritti è la riserva di giurisdizione, posta con riferimento alle restrizioni della libertà personale, di domicilio, di corrispondenza e di stampa (artt. 13, 2° e 3° comma, 14, 2° comma, 15, 2° comma, 21, 3° e 4° comma, Cost.), la quale comporta che le suddette limitazioni possano avvenire solo “per **atto motivato dell'autorità giudiziaria**” (o sulla base di pronte convalide da parte dei giudici, per il caso dei provvisori provvedimenti adottabili dalle autorità di pubblica sicurezza). La riserva di giurisdizione si traduce senz'altro in una garanzia, richiedendo il necessario intervento di soggetti, i magistrati, rispetto ai quali la Costituzione proclama e tutela l'indipendenza, l'imparzialità e la conseguente terzietà (artt. 101 ss. Cost.).

La riserva di giurisdizione

I diritti sono inoltre specificamente garantiti dalla possibilità, riconosciuta a tutti, di **agire e difendersi in giudizio** per la loro tutela (art. 24 Cost.). La tutela giurisdizionale assume pieno significato solo se associata alle garanzie di indipendenza e imparzialità della magistratura (art. 101 ss. Cost.), nonché ad un'organizzazione del processo secondo regole garantiste (si pensi ai principi del contraddittorio e del giusto processo, contemplati nell'art. 111 Cost.).

La tutela giurisdizionale dei diritti

Il giusto processo

Con la legge cost. n. 2 del 1999 sono stati aggiunti 5 commi all'art. 111 Cost., al fine di esplicitare i principi del c.d. giusto processo, con la conseguenza che questo importante articolo della Carta fondamentale, che già conteneva principi di grande rilievo per l'esercizio della funzione giurisdizionale, è ora arricchito da una serie di garanzie, alcune delle quali rappresentano un rafforzamento e una specificazione di principi già ritenuti riconducibili ad altre norme costituzionali ed altre costituiscono innovazioni naturalmente destinate ad essere precisate nell'opera di sviluppo del legislatore e di interpretazione, specie da parte del giudice costituzionale (CECCHETTI, 2001; COMOGLIO, 2004, 52 ss.; PERCHINUNNO, 2005, 29 ss.; ODDI, 2010; per l'influenza esercitata dall'art. 6 CEDU nella riforma dell'art. 111, v. *infra*, § 10.1). Va, peraltro, precisato che, nonostante alcuni dei principi contenuti nel nuovo art. 111 si riferiscano a tutti i tipi di processo, la maggior parte delle novità sembra più che altro diretta ad applicarsi al solo processo penale. Si veda, ad esempio, il ruolo della legge, la quale deve garantire che la persona accusata di un reato sia informata nel più breve tempo possibile, ed in forma riservata, circa la natura ed i motivi dell'accusa, la facoltà concessa all'accusato di interrogare o di far interrogare la persona che renda dichiarazioni a suo carico, il diritto all'assistenza di un interprete se l'accusato non parla o non comprende la lingua italiana, la garanzia che la colpevolezza non possa esser provata sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volutamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o di un suo difensore (cfr. SERGES, 2012, 659).

La garanzia dei diritti nei confronti della P.A.

La garanzia dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione è assicurata sia attraverso **rimedi giurisdizionali** (art. 113 Cost.), sia per il tramite dei **controlli preventivi di legittimità**, che, nei confronti degli atti del Governo, spettano alla Corte dei conti (art. 100 Cost.). Vengono qui in rilievo sia il principio di legalità sia i principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.). La Costituzione prevede, peraltro, la responsabilità diretta, secondo le leggi penali, civili e amministrative, dei funzionari e dipendenti pubblici che compiano atti in violazione dei diritti (art. 28 Cost.). In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici, per cui il cittadino può richiedere il risarcimento del danno subito pretendendone l'adempimento sia nei confronti dello Stato o dell'ente sia nei confronti del dipendente (c.d. responsabilità solidale).

La giustizia amministrativa

La Costituzione prevede, accanto ai giudici ordinari (civili e penali), anche alcune giurisdizioni speciali, come i Tribunali militari, la Corte dei Conti (cui spettano le funzioni giurisdizionali in materia di contabilità pubblica e trattamenti pensionistici) e, con ruolo assai rilevante, la giurisdizione amministrativa.

La Carta del 1948 ha recepito un assetto della giurisdizione amministrativa che già si era delineato nell'esperienza precedente e che trova il suo fondamento nella distinzione, spiegata *infra*, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi: i primi, di regola, vengono fatti valere dinnanzi all'autorità giudiziaria ordinaria; i secondi avanti agli organi della giustizia amministrativa. Abbiamo detto "di regola" perché la stessa Costituzione (art. 103) consente al legislatore ordinario di distribuire diversamente la giurisdizione sui diritti soggettivi, affidandola al giudice amministrativo per determinate materie. A partire dalla seconda metà degli anni '70, si è così assistito ad un progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, solo di recente limitata dagli interventi della Corte costituzionale (sentt. nn. 204/2004 e 191/2006), la quale ha ritenuto che lo spostamento di materie in capo ai giudici amministrativi possa avvenire a condizione che in quelle materie si ravvisi un coinvolgimento fra l'ambito devoluto alla giurisdizione esclusiva e l'esercizio di un "potere amministrativo".

L'articolazione del sistema di giustizia amministrativa è imperniata su giudici di primo grado (i Tribunali amministrativi regionali, c.d. Tar, istituiti dalla legge n. 1034/1971, in adempimento della previsione contenuta nell'art. 125, comma 2, Cost.) e su di un giudice di secondo grado, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, istituito sin dal XIX secolo e poi recepito dalla Costituzione repubblicana. In Sicilia, per esplicita previsione dello Statuto siciliano, le funzioni di giudice di secondo grado vengono svolte dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Fin dalla sua nascita la giurisdizione amministrativa è stata caratterizzata dall'assenza di una vera e propria organica legge processuale, differenziandosi così nettamente dalla giurisdizione ordinaria (regolata dai codici di procedura civile e penale). Oggi, tuttavia, questa situazione appare definitivamente superata. La recente entrata in vigore del "Codice del processo amministrativo" (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) colma questa lacuna sostituendo integralmente le numerose e frammentarie disposizioni legislative preesistenti e delineando un quadro normativo certamente più chiaro ed omogeneo (più diffusamente, sul tema, SERGES, 2012, 666 ss.).

Ai fini della tutela dei diritti fondamentali rilievo decisivo assume, infine, anche il sindacato di legittimità costituzionale, che può essere sollecitato dal giudice nel corso di un giudizio (c.d. accesso in via incidentale). Si tratta di una **forma indiretta** ma molto importante **di garanzia**, spettando alla Corte costituzionale controllare che la legislazione ordinaria (e anche quella costituzionale rispetto al "contenuto minimo" dei diritti inviolabili, costituendo esso un limite alla revisione costituzionale: sent. n. 1146/1988) non comprima le garanzie previste per i diritti fino ad annullarle. Peraltro, nonostante l'assenza nel nostro sistema di un "ricorso diretto" a tutela dei diritti (previsto, ad esempio, in Germania), il nostro giudice costituzionale ha potuto comunque fortemente incidere nel campo dei diritti, attraverso un'attività interpretativa che ha spesso permesso di delinearne meglio il contenuto e di definirne concretamente le garanzie.

Il sindacato di legittimità costituzionale

4. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana

Eguaglianza
formale e
sostanziale

Nell'art. 3 Cost. viene solennemente proclamato, al 1° comma, il **principio dell'eguaglianza formale** ("tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali"), una sorta di "supernorma", un "principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura", per utilizzare le parole della Corte costituzionale (sent. n. 25/1966).

Tale principio affonda le sue radici nelle carte rivoluzionarie della fine del '700, e, in particolare, risulta mirabilmente espresso nell'art. 1 ("gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni sociali possono essere fondate soltanto sull'utilità comune") e nell'art. 6 ("la legge ... deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali davanti ad essa, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti") della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

A tale concezione formale dell'eguaglianza, la nostra Carta costituzionale ha, tuttavia, affiancato, al 2° comma, anche l'affermazione dell'innovativo **principio dell'eguaglianza sostanziale** ("è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"). Questo principio – che, come vedremo, va necessariamente raccordato con quello previsto nel 1° comma, per giungere ad un'interpretazione unitaria dell'articolo nel suo complesso – è figlio del moderno Stato sociale, che pone una particolare attenzione non soltanto all'ampliamento dell'area e delle dimensioni dei diritti costituzionali, ma anche al profilo della loro **effettività** (cfr. SILVESTRI, 2010), un aspetto, questo, che fa "dell'impegno a rimuovere le disuguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale ... un tratto caratteristico della forma di stato di democrazia pluralistica" (RIDOLA, 2006, 129), e che trova, peraltro, tutta una serie di corollari nelle disposizioni costituzionali successive, prime fra tutte quelle relative al riconoscimento di un amplissimo e sistematico catalogo di diritti sociali, la cui garanzia non è di tipo semplicemente legislativo, ma è la garanzia propria dei diritti e dei valori costituzionali (su cui v. *amplius infra*).

Eguaglianza
e libertà

In questa prospettiva non si può non condividere l'impostazione di chi ravvisa nell'art. 3 Cost. il punto di riferimento fondamentale per comprendere il rapporto tra la nostra forma di Stato ed i diritti di

libertà (CARETTI, 2011, 193), in considerazione del fatto che il riconoscimento e la tutela dei tradizionali diritti di libertà passa proprio attraverso questo incessante sforzo teso a riequilibrare le posizioni di svantaggio di fatto esistenti, per edificare una società più giusta e nel contempo più libera.

Ecco allora che le moderne democrazie pluralistiche, incentrate sul contemperamento della libertà del singolo con le eguali libertà degli altri, sono volte a realizzare una **sintesi fra eguaglianza e libertà** (BOBBIO, 1995^a), che vengono così a svolgere una funzione complementare, come del resto testimonia la forma di Stato delineata dalla Costituzione italiana, nel cui ambito l'impianto dei diritti costituzionali poggia, nel contempo, sia sul principio pluralista di cui all'art. 2, sia sul principio di eguaglianza sostanziale accolto dal 2° comma dell'art. 3, principi tra i quali esiste un nesso molto stretto, venendo entrambi ad esprimere "l'opzione in favore di un disegno di trasformazione sociale e di 'diffusione' delle *chances* di libertà, del quale 'entrambi' dovevano essere perno" (RIDOLA, 2006, 126 s., che richiama il pensiero di Costantino Mortati).

Il che smentisce la sussistenza di una presunta contraddizione logica fra libertà ed eguaglianza, che pur essendo valori tendenzialmente antitetici – secondo una lettura rigorosa ma estremizzante dei due principi – sono comunque entrambe riconnesse al **valore primario del libero sviluppo della personalità**, "possibile nel massimo di condizioni di libertà e di eguaglianza" (BARBERA-COCOZZA-CORSO, 1997, 311).

4.1. Ambito soggettivo del principio di eguaglianza

Sulla base di un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 3 Cost. il principio di eguaglianza andrebbe applicato ai soli **cittadini**, con esclusione quindi degli stranieri, anche se ben presto ci si è resi conto che quello dell'individuazione dei beneficiari dell'eguaglianza era, in realtà, un falso problema, dal momento che l'eguaglianza impedisce al legislatore di dettare "una disciplina che, direttamente o indirettamente, dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti cui queste vengono imputate" (Corte cost., sent. n. 25/1966).

L'impostazione più rigorosa, in adesione al dato testuale, è stata così rapidamente superata tanto dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentt. n. 62/1994 e n. 219/1995) quanto dalla dottrina, attraverso **un'interpretazione sistematica dell'art. 2 Cost.**, che sancisce il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'"uomo" e non del solo "cittadino", **e dell'art. 10, 2° comma, Cost.**, che riserva alla legge la disciplina dello *status* giuridico dello straniero "in conformità delle norme e dei trattati internazionali", ove la protezio-

Lo *status*
giuridico
dello stra-
niero

ne dei diritti fondamentali degli stranieri è ampiamente assicurata. In questo modo si è pervenuti a giustificare l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del principio anche agli **stranieri** ed agli **apolidi** (ferma restando la necessità, allorché si tratti di non cittadini, dell'*interpositio legislatoris*, che nella sua discrezionalità può anche adottare trattamenti differenziati tra cittadini e stranieri, purché siano ragionevolmente giustificati: sent. n. 104/1969, e, più di recente, sentt. nn. 252/2001 e 224/2005), nonché alle **persone giuridiche**, siano esse private o pubbliche (sentt. n. 25/1966 e n. 322/1998).

L'eguaglianza
nella Carta di
Nizza

Del resto, anche a livello comunitario, la proclamazione generale dell'eguaglianza contenuta nell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (su cui v. *amplius infra*), si connota per il riferimento a "**tutte le persone**", risolvendo così, nel modo più generale possibile, le dissonanze rinvenibili nelle diverse Costituzioni dei singoli Paesi.

I soggetti
titolari dei
diritti fon-
damentali

Sulla base del medesimo indirizzo giurisprudenziale, la Corte costituzionale, facendo leva su un'interpretazione sistematica del testo costituzionale, ha allargato l'ambito dei soggetti destinatari dei diritti fondamentali e dei doveri pubblici agli stranieri, anche laddove un testuale riferimento ne limita il riconoscimento ai soli cittadini, pervenendo ad una sostanziale, seppur tendenziale, **parificazione della posizione giuridica di cittadini e stranieri** (sentt. nn. 222 e 223/2004, e, già prima, sentt. n. 219/1995 e n. 62/1994), che non gode, tuttavia, di copertura costituzionale e resta, pertanto, affidata alla discrezionalità del legislatore, che l'ha esercitata adottando una specifica disciplina dello *status* dello straniero con il d.lgs. n. 286/1998 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (su cui v. *infra*, § 5).

L'estensione
dei diritti e
dei doveri
agli stranieri

In questo modo si riconosce agli stranieri il godimento pressoché integrale del catalogo dei diritti contenuto nella Costituzione repubblicana, fatti salvi quei diritti, quali quelli politici, il cui esercizio è tradizionalmente collegato alla condizione di cittadino, per quanto non possa non registrarsi una tendenza ad estendere loro anche il diritto di voto, sebbene limitatamente alle elezioni amministrative (cfr. la sent. n. 300/2005 della Corte costituzionale concernente partecipazione alla vita pubblica locale). Nel contempo agli stranieri vengono imposti i doveri pubblici costituzionalmente sanciti, ad eccezione del dovere di difesa e di fedeltà alla Repubblica, anch'esso legato al c.d. *status activae civitatis*.

Nella direzione di favorire, nell'odierna società multiculturale, un processo di integrazione tra cittadini e stranieri fondato sull'eguaglianza dei diritti e dei doveri si muove anche la "Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione", approvata con decreto del Ministro dell'Interno in data 23 aprile 2007 con l'obiettivo di enucleare i