

Sul carattere fondamentale dei Diritti sociali*

Maria Luisa Serrano

1. Premessa	51
2. Dai diritti fondamentali alle origini dei diritti sociali	52
2.1. L'inestricabile legame tra antropologia culturale, forma di Stato e <i>status</i> dei diritti fondamentali	53
2.2. Il contributo del costituzionalismo moderno alla teoria dei diritti fondamentali	61
2.2. Attuale fisionomia dei diritti fondamentali	76
2.3 La transizione dall'individualismo al pluralismo all'origine dei diritti sociali	81
2.4 Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nel riconoscimento dei diritti sociali	85
3. I diritti sociali: mera espressione semantica descrittiva o categoria ontologica di diritti?	93
4. Riferimenti bibliografici	97

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 70/2009

1. Premessa

L'espressione diritti sociali fondamentali, divenuta di uso corrente, è utilizzata nei dibattiti teorico-giuridico-politici dalla metà dello scorso secolo. Negli ultimi anni, in conseguenza della grande sfida culturale ed intellettuale lanciata dalla globalizzazione⁶⁷, essa ha conosciuto una rinnovata vivacità⁶⁸.

La carica evocativa che ne connota l'uso e che le assegna una sorta di auto-evidenza non deve, tuttavia, indurre l'interprete a dimenticare che il "discorso sui diritti sociali"⁶⁹ è un discorso complesso, che reca in sé un "sovraccarico" metafisico, ideologico e sociologico che ha profondamente influito sulla dimensione giuridica. Le implicazioni 'metagiuridiche', ontologicamente connesse al tema dei diritti, *a fortiori* dei diritti sociali, non consentono un'acritica accettazione della *vulgata* in materia. In altri termini, la pluralità di piani e di angoli visuali sotto cui è possibile osservare il tema in questione suggerisce una minore dose di retorica⁷⁰ e maggior rigore allorché lo si affronti. La stessa aggettivazione 'fondamentali', spesso affiancata a 'diritti sociali', è generatrice di non poche ambiguità⁷¹ e induce ad una riflessione approfondita circa il senso da attribuire alla già di per sé 'ellittica'⁷² espressione diritti sociali fondamentali, anche e soprattutto al fine di, una volta individuato il carattere "fondamentale", arginarne ogni tentativo di manipolazione o, peggio ancora, di riduzione.

Non va taciuto, inoltre, che anche la dimensione sovranazionale aggiunge ulteriori elementi di complessità. Le spinte sempre più energiche e pressanti derivanti dalla "nuova espansione capitalistica" verso una revisione dei diritti sociali⁷³ e, ancor di più, nella direzione di una destrutturazione del modello sociale cd. europeo⁷⁴, da un lato, e la costituzionalizzazione dei diritti sociali in atto a livello comunitario, dall'altro, nonché il mutamento del quadro sociale di riferimento impongono un'attenta analisi delle nozioni fondamentali in materia, prima ancora di una loro "ricategorizzazione"⁷⁵, nella prospettiva di dimostrarne la tenuta e, dunque, il carattere "irresistibile" dinanzi al travolgente fenomeno dell'integrazione globale dei mercati. Ciò che desta forti perplessità è, invero, la constatazione che a livello sovranazionale si assista di fatto ad una esecrabile rievocazione dell'annosa dicotomia diritti fondamentali-diritti sociali. Le preoccupazioni dei più sembrano indirizzate a fornire una tutela *multilivello* in modo precipuo ai diritti cd. umani, lasciando che le spire della globalizzazione si stringano in misura crescente attorno all'inerte *corpus* dei diritti sociali, riproponendone in maniera strisciante la vulnerabilità. Indagare se ed in quale misura una simile tendenza affondi le radici su solide basi teoriche o se rifletta esclusivamente opzioni di carattere politico, può essere utile ai fini della tenuta di un modello fondato sulla pari dignità tra le due categorie di diritti almeno sotto il profilo concettuale.

⁶⁷ Cantaro 2006, p.89. Per un'attenta meditazione sull'impatto del fenomeno 'globalizzazione' sui diritti sociali, v. il volume a cura di Hepple 2002.

⁶⁸ Tale vivacità era già stata segnalata da Bobbio 1997, p. 49, il quale scorgeva nel dibattito sempre più ampio ed intenso sui diritti dell'uomo, un segno premonitore del progresso morale dell'umanità.

⁶⁹ L'espressione è frequentemente utilizzata da Cantaro 2006, *passim*.

⁷⁰ V. ancora Bobbio 1997, p. XIX.

⁷¹ Sulle insidie delle scelte terminologiche e definitorie, v. Guastini 2002, p.43 e ss; Zolo 2002, p. 49 e ss.

⁷² Luciani 1994, p. 99.

⁷³ Sul punto, v. Habermas 2002, cap. I.

⁷⁴ Per approfondimenti in tale direzione v., tra i tanti, Ferrera 2004; Bucci G.- Patruno L. 2005.

⁷⁵ Baldassarre 1989b, p. 6.

In tale direzione, appare imprescindibile, da un punto di vista concettuale, - ed è ciò che costituisce l'oggetto di questo scritto - individuare le coordinate teoriche del tema, analizzando la stretta correlazione esistente tra la categoria dei diritti fondamentali classici e quella dei diritti sociali. Occorre focalizzare l'attenzione, oltre che sulle caratteristiche proprie di entrambe, sulla natura di tale rapporto, al fine di comprendere se si tratta di un rapporto di *genus a species* o se, piuttosto, i diritti sociali non costituiscano una categoria ontologica e, dunque, dotata di una autonoma fisionomia/identità. Com'è evidente, in tale ultimo caso, sconfessare le teorie sulla ontologica subalternità dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà contribuirebbe a creare attorno ai diritti sociali un terrapieno difficilmente superabile dalle offensive ideologiche del momento.

Resta, com'è intuibile, l'esigenza di trasferire la riflessione sul tema dei diritti sociali dalla dimensione temporale a quella spaziale, proiettandoli in una prospettiva che, partendo da un'analisi delle Costituzioni nazionali, ne superi i rispettivi confini. Ma questo costituirà oggetto di una futura riflessione.

2. Dai diritti fondamentali alle origini dei diritti sociali

Il discorso sui diritti fondamentali si presta agevolmente ad essere affrontato secondo una prospettiva diacronica. Solo in tal modo, infatti, si ha la possibilità di orientarsi in un panorama piuttosto variegato, delineato da concezioni giusnaturalistiche (trascendentali, liberali, naturalistiche) e concezioni positivistiche che, di volta in volta, rintracciano il presupposto di tali diritti in una fonte extra-positiva, che gli ordinamenti possono solo rivelare o riconoscere, ovvero in una norma di stretto diritto positivo. Conseguente a tale differenza di impostazione teorica è la terminologia utilizzata per esprimere concetti molto affini tra loro: diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti umani, diritti innati, diritti naturali, diritti pubblici soggettivi. Tutti questi termini, lungi dal rappresentare l'espressione di una mera scelta linguistica, rivelano connessioni culturali e significati derivati da un determinato contesto storico, da opzioni ideologiche e scientifiche di fondo e da "divaricazioni metodologiche" esistenti tra le diverse branche del diritto⁷⁶.

Proprio alla luce di ciò, sia consentito chiarire da subito che tra i sintagmi sopra citati, si è qui optato per l'espressione diritti fondamentali. Sebbene non compaia espressamente nella Carta costituzionale italiana e in altre carte costituzionali, essa rende chiara la stretta connessione tra giuridico e metagiuridico, tra il posto e il presupposto.

Al medesimo scopo, si rende necessaria un'ultima precisazione. L'opzione qui prescelta di individuare i passaggi cruciali del lungo percorso verso il riconoscimento dei diritti fondamentali, presentandoli senza soluzione di continuità, potrebbe indurre a ritenere erroneamente che si tratti

⁷⁶ Sulle difficoltà interpretative derivanti dall'uso promiscuo di termini (diritti fondamentali, diritti dell'uomo, diritti naturali, diritti assoluti, diritti inviolabili, ecc..) che solo parzialmente ed apparentemente sono sinonimi avverte Spadaro 1995, p. 235 e ss. Per tale autore la causa della "paradossale endiadi" evidenza-oscurità che circonda il termine diritti fondamentali è da rintracciarsi nella natura stessa dell'oggetto dell'indagine che alimenta costantemente le riflessioni di giuristi, politologi, filosofi del diritto, filosofi e, persino, teologi. Per una ricognizione completa delle differenti terminologie utilizzate per indicare i diritti fondamentali è imprescindibile la lettura di Peces-Barba 1993, il quale dopo aver analiticamente passato in rassegna le differenti accezioni terminologiche e aver dato conto dei riduzionismi susseguitisi nel tempo sull'argomento, predilige il termine diritti fondamentali per indicare l'oggetto della propria indagine.

di un unico percorso lineare. Al contrario, proprio la consapevolezza di analizzare esperienze storiche, filosofiche e giuridiche profondamente distanti tra loro ha reso necessaria un'opzione di indagine che tenta di evidenziare l'interazione tra i fattori che hanno generato quel percorso, per poi verificarla successivamente in relazione ai diritti sociali.

2.1. L'inestricabile legame tra antropologia culturale, forma di Stato e *status* dei diritti fondamentali

La "faticosa marcia"⁷⁷ dei diritti fondamentali ha origini assai remote⁷⁸. Preliminarmente va segnalato che sin dalle origini l'evoluzione storica dei diritti si è costantemente sviluppata secondo uno schema binario: l'affermazione e il riconoscimento dei diritti ha implicato, da un lato, l'apposizione di limiti sostanziali al potere politico e, dall'altro, la progressiva individuazione dei sistemi di garanzia. Al contrario, le alternative teoriche di volta in volta formulate dalla dottrina in relazione al fondamento teorico dei diritti hanno seguito un percorso tutt'altro che lineare, frutto della ricorrente alternanza tra concezioni giusnaturalistiche e positivistiche.

La prima rappresentazione dei diritti fondamentali come libertà negative o "diritti di difesa"⁷⁹ o, com'è stato efficacemente detto, "diritti cetuali di libertà"⁸⁰, vale a dire come pretese di una collettività ad un'astensione del potere sovrano da alcune sfere, ritenute intangibili, dell'autonomia privata da parte dei pubblici poteri, risente profondamente dell'eco giusnaturalistica dell'epoca che individua nel diritto non il prodotto della *voluntas* umana, ma una realtà oggettiva dipendente da un'autorità superiore e trascendente, che sola può fissare i limiti al potere, cioè i diritti, "pretese di *status*" che sono, perciò, conformi all'ordine vero e giusto"⁸¹.

Una simile concezione riflette, ed è l'aspetto che qui maggiormente rileva, il modello socio-politico del tempo: in una struttura sociale definita dalla mancanza di uno Stato in senso moderno e dall'interlocuzione tra signori e ceti in merito alla gestione del potere, i diritti e le libertà assumono una dimensione corporativa, goduti dagli individui solo in quanto membri di quelle collettività⁸². Si tratta, in ultima analisi, di un primo paradigma di diritti dell'uomo innegabilmente connotati in senso particolaristico, difficilmente riconducibili all'idea dei diritti fondamentali caratterizzati dall'universalità, auspicata da più parti⁸³.

⁷⁷ Così Veneziani 2000, p. 781 e ss., sebbene con riferimento all'ordinamento comunitario.

⁷⁸ La dottrina più autorevole concordemente riconduce l'origine dei diritti fondamentali al momento del superamento della cultura oggettivistica e comunitaria del Medioevo e dell'affermazione della cultura individualista ed antropocentrica dell'età moderna. V. Bobbio 1997, p. 22 e ss.; Peces-Barba 1993, p. 95 e ss.; Zagrebelsky 1992, p. 97 e ss.; Bongiovanni 2000, p. 67 e ss. In senso parzialmente difforme, Oestreich 2001, per il quale almeno il patrimonio ideale dei diritti dell'uomo ha una tradizione bimillenaria, risalente alla dottrina stoica individualistica e cosmopolita sull'uguaglianza, che influenzò in buona misura anche il cristianesimo delle origini. Intravede barlumi di diritti fondamentali nell'antichità anche Ferrajoli 2002, p. 121 ss. ma spec. pp. 135-136, il quale giunge ad affermare l'esistenza di diritti fondamentali nel mondo classico greco e romano (intesi come privilegi di alcune classi sociali), ma l'affermazione deve essere contestualizzata, poiché l'autore la esprime in relazione alla peculiare definizione formale di diritti fondamentali che informa l'intera sua speculazione.

⁷⁹ Così Rimoli, p. 2; v. anche Schmitt 1984, p. 221.

⁸⁰ Oestreich 2001, p. 25.

⁸¹ Zagrebelsky 1995, p. 25; ma anche Bongiovanni 2000, p. 70 e ss.

⁸² Caretti 2002, p. 4; Fioravanti 1995.

⁸³ V. Ferrajoli 2002, *passim* e Oestreich 2001, *passim*.

Il capovolgimento di tale impostazione organica presuppone, com'è ovvio, un ribaltamento del punto di osservazione⁸⁴. Occorre considerare il problema morale non più solo dal punto di vista della società ma dal punto di vista degli individui, proiettare il mondo in una prospettiva finalmente antropocentrica. La svolta epocale *de qua* è stata il risultato di un coacervo di fattori coevi e concomitanti. Una forte spinta a tale processo di rinnovamento è stata data dallo spirito individualista della borghesia nascente, che, superate le chiusure corporative medievali, ha favorito la nascita della libera concorrenza e della prima forma di capitalismo (commerciale). Snodo importante nella genesi dei diritti fondamentali⁸⁵, ove si consideri che proprio la forza economica acquisita ha posto la borghesia in condizione di reclamare ed ottenere nuove pretese nei confronti dello Stato assoluto, dei diritti, che pur connotati in senso elitario e disegualitario, hanno la caratteristica di essere diritti individuali, antesignani dei diritti fondamentali universali. La rivendicazione di libertà civili e politiche da parte della classe in ascesa può essere più agevolmente compresa se la si colloca in un quadro in cui il potere politico muta profondamente i propri lineamenti, attraverso la celebrazione del definitivo superamento del localismo feudale e l'accentramento del potere nelle mani di una sola persona, il monarca assoluto, che non riconosce nulla al di sopra di se stesso. Nasce lo Stato moderno, fondato sulla sovranità come potere assoluto⁸⁶ e centrale, in cui il sovrano ha il monopolio della produzione normativa, coadiuvato dall'apparato burocratico e dai giudici e in cui la borghesia economicamente in ascesa non gode ancora di quelle libertà politiche, precedentemente appannaggio di una nobiltà ormai politicamente esautorata.

In segno di profondo dissenso con le concezioni del passato, si delineano i lineamenti caratteristici del pensiero del periodo: naturalismo, razionalismo ed individualismo⁸⁷; mentre il primo, attraverso la teoria dello stato di natura, avvicina al concetto di uguaglianza giuridica, il secondo individua nella ragione lo strumento eletto di conoscenza, attraverso il quale dominare la natura, funzionale alla concezione individualista predominante. All'idea di una legge rivelata da un Dio-legislatore, pertanto, si sostituisce col tempo la convinzione che la giustificazione del diritto debba essere rintracciata nella natura e nella ragione.

Tali idee, in particolare la teoria dello stato di natura, hanno ispirato le teorie contrattualistiche

⁸⁴ Bobbio 1997, p. 55, a tal proposito, parla di *rivoluzione copernicana*.

⁸⁵ Autorevole dottrina rintraccia proprio in questo dissenso tra borghesia e monarchia l'origine del consenso su una filosofia che limitasse, regolamentasse e razionalizzasse il potere, una filosofia dei diritti fondamentali. Peces-Barba 1993, p. 120

⁸⁶ Per sovranità doveva intendersi sommo potere, *summa potestas*, quel potere al di sopra del quale non ce n'è un altro, quel potere riconosciuto, nel Medioevo, a Dio e che in una società secolarizzata come quella divenenda apparteneva allo Stato. Per un'analisi più approfondita del concetto di sovranità come potere assoluto, v. Trombino 2000, p. 195.

⁸⁷ È da dire, tuttavia, che il merito maggiore dell'affermazione seppur difficile dell'individualismo va ascritto ai due movimenti di pensiero e coscienza più significativi dell'epoca, i fattori ideologici propulsivi verso il cambiamento: Riforma e giusnaturalismo. La rottura dell'unità religiosa e del monopolio della Chiesa cattolica sui costumi e sulle conoscenze dell'uomo che ha caratterizzato il primo millennio dopo Cristo e oltre, da un lato, induce il superamento dell'etica cristiana, attraverso un processo di secolarizzazione o mondanizzazione della cultura e, dall'altro, avvia quel processo di separazione dell'etica dalla politica, proprio del giusnaturalismo moderno razionalista, destinato a divenire il *leit motiv* nei secoli successivi. Lo sviluppo della scienza moderna e l'affermarsi della teoria geocentrica dell'universo minano in maniera irreparabile il potere assoluto di controllo della teologia cattolica sulla conoscenza nelle sue varie forme. Le guerre di religione, inoltre, provocano un radicale mutamento di prospettiva, introducendo il diritto del singolo a non essere oppresso. Insomma, "col passaggio all'età moderna... per capire la società bisogna partire dal basso, cioè dagli individui che la compongono", Bobbio 1997, p. XI.

del XVI e XVII secolo, che introducono la concezione individualistica dello Stato, come *homo artificialis* (espressione artificiale dell'individuo), cui gli individui d'accordo tra loro trasferiscono la sovranità. Il percorso argomentativo che conduce ad una simile concezione dello Stato non è stato, tuttavia, univoco per i grandi pensatori giusnaturalisti del periodo. I due caposcuola, Hobbes e Locke, pur partendo da un'idea di fondo comune, quella di uno stato di natura diverso dallo stato civile, approdano ad esiti alquanto divergenti. L'elaborazione di Hobbes, che autorevole dottrina ritiene l'iniziatore della teoria dello Stato moderno⁸⁸, nonostante l'approccio individualistico e l'elezione del consenso come fonte di legittimazione del potere⁸⁹, mette in ombra o, peggio ancora, sacrifica sull'altare dello Stato uno dei pilastri del pensiero giusnaturalista⁹⁰, l'idea dei diritti naturali da preservare. In realtà, i diritti naturali per Hobbes sono "dettami della retta ragione" comune a tutti gli uomini, antecedenti cioè rispetto alle singole esperienze positive e individuali e il cui riconoscimento da parte dei sovrani è auspicabile se questi vogliono perseguire il buon governo. Ma proprio in quanto auspicabili, essi appaiono privi di una propria forza normativa, configurandosi piuttosto come principi ispiratori della buona politica e vincolanti solo nel caso in cui vengano incorporati in norme di diritto positivo⁹¹.

Pur basando la propria speculazione su un apparato concettuale simile a quello hobbesiano, Locke giunge a conclusioni politiche del tutto divergenti, consegnando alla storia un'idea dei diritti fondamentali che sarebbe divenuta da allora in poi classica. Secondo il filosofo inglese, lo stato non esiste in natura, esiste solo lo stato di natura in cui gli individui nascono uguali, liberi e dotati dei diritti (fondamentali) naturali alla vita, alla libertà e alla proprietà, nonché dei diritti sussidiari di resistenza e di ribellione. La mancanza di regolarità e di sicurezza nell'esercizio di questi ultimi diritti, costantemente esposti alla violazione da parte di altri, causate dall'assenza di una legge riconosciuta da tutti come comune regola del diritto e del torto, dall'assenza di un giudice riconosciuto ed imparziale, e di un potere che vigili sul rispetto sia della legge che delle sentenze, induce gli individui a costituirsi in società e a trasferire il potere per contratto ad un'autorità sovrana, conservando, tuttavia, intatti i diritti innati-fondamentali. Ed è questo uno dei passaggi che lo allontanano maggiormente dalla prospettiva razionalistica (a tratti incredibilmente vicina al primo positivismo) adottata da Hobbes. Nella teorizzazione di Locke, insomma, i diritti innati sono diritti di libertà e giocano un ruolo fondamentale, essendo allo stesso tempo *ratio* costitutiva e limite dello stato civile; né il sovrano né le leggi da questi emanate, in quanto positivizzazione

⁸⁸ Bobbio 1988.

⁸⁹ Lo stato di natura è lo stato in cui gli uomini hanno diritti innati e vivono senza (o, meglio, non rispettando le) leggi, caratterizzato dallo *ius in omnia*, che genera *bellum omnium contra omnes*, in altri termini nello stato di natura *homo homini lupus*. Per uscire da questo stato quasi ferino, egli elabora la teoria dell'accordo, del contratto sociale, il contratto con cui gli individui trasferiscono il potere allo stato e che, nella sua elaborazione, racchiude in sé i due contratti che nell'età medioevale originavano la società: il *pactum societatis*, attraverso il quale gli individui si accordavano tra loro dando vita alla società, che non era ancora stato, e il *pactum subiectionis*, o patto di assoggettamento o di signoria, attraverso il quale gli individui delegavano all'autorità sovrana il potere di prendere decisioni nell'interesse comune o di vigilare sull'ordine e la sicurezza. Lo Stato che nasce da tale patto è l'esempio tipico dello stato assoluto, il sovrano è *legibus solutus*, non può essere messo sotto accusa dai sudditi, i quali essendosi spogliati a suo favore di qualsiasi diritto naturale, non possono revocargli la delega (salvo che egli non sia in grado di preservare la loro stessa vita). Nella elaborazione di Hobbes, pertanto, lo Stato assume le sembianze di un "Dio mortale", che l'autore chiama con il nome del mostro biblico, nei cui confronti non v'era potere paragonabile, il Leviatano.

⁹⁰ Lo stridente contrasto tra punto di partenza individualistico e concezione organica dello Stato in Hobbes è rilevato anche da Bobbio 1997, p. 58.

⁹¹ Così Baldassarre 1989, p. 5.

della legge naturale su cui i diritti innati si fondano, possono ledere in alcun modo quelle *civil liberties* dei consociati, da Locke individuate nella *property*, (che comprende la vita, la libertà e il patrimonio⁹²).

Vanno rimarcati, a tal punto, due elementi caratterizzanti del pensiero di questo periodo destinati ad essere ripresi ed approfonditi in tempi successivi: in primo luogo, tale elaborazione introduce accanto al concetto di libertà negativa⁹³, come garanzia di intangibilità di alcune sfere, quello di libertà positiva, intesa come libertà politica, come capacità di legittimazione del potere e di individuazione degli spazi in cui questo può muoversi⁹⁴, legittimando in caso di superamento di tali limiti il diritto di ribellione. Inoltre, il ruolo assegnato alla legge nell'elaborazione lockiana lascia intravedere all'orizzonte il fenomeno di positivizzazione dei diritti, destinato a caratterizzare il paradigma dei diritti nei secoli a venire⁹⁵.

Ma è alle grandi dichiarazioni dei diritti del '700 che la marcia dei diritti fondamentali deve il tributo più alto. La tradizione rivoluzionaria assegna al tema dei diritti nuova linfa e nuovi significati. È indubbio che le due dichiarazioni di diritti adottate in seguito agli eventi rivoluzionari in America e in Francia, abbiano segnato una svolta epocale, non soltanto, com'è evidente, dal punto di vista storico-politico, ma anche sotto un profilo eminentemente giuridico. Se da un lato, infatti, le due dichiarazioni rappresentano la prima espressione compiuta di quel processo di positivizzazione dei diritti fondamentali destinato a caratterizzare i secoli seguenti, dall'altro, esse introducono un nuovo modello di rapporto tra Stato e individui, tra governante e governati, tra legge e diritti, pur presentando forti elementi di difformità tra loro⁹⁶. Com'è stato affermato, mentre i testi americani sono influenzati dall'etica della grazia, come si vedrà, il modello francese è forgiato sull'etica, tutta laica, della libertà⁹⁷. L'etica religiosa e l'antropologia sociale giusnaturalistica vengono mutate dagli insorti per giustificare la propria azione e inducono i coloni a porre a fondamento dello Stato i diritti dell'uomo e ad introdurre tra questi il principio di libertà di religione e di tolleranza. Le dichiarazioni americane (quelle del 1776, in particolar modo) operano

⁹² Locke 1960, pp. 237-441, § 87; in realtà, autorevole dottrina attribuisce l'ideazione della triade dei *just rights and liberties* (libertà personale, vita e proprietà), come *birthright o inheritance* (da haereditas) bene ereditario di ogni suddito britannico, tutelato dal *common law* "by due process of law", a sir Edward Coke, eminente giurista e leader parlamentare d'opposizione; v. Oestreich 2001, p. 45.

⁹³ *Ibidem*, cap. VI, § 61. Per una chiara ricostruzione delle teorie su tali concetti v. Baldassarre 1990, il quale riconduce il concetto di libertà negativa a quello della non interferenza, dell'indipendenza e la libertà positiva a quello di autonomia, di autorealizzazione, di potere, nel senso di avere garantita la propria capacità di scelta, la propria progettualità indipendentemente dalle decisioni altrui. Più in particolare, sulla libertà negativa, come libertà tipicamente liberale, v. Barberis 2006, p. 77 e ss., spec. p. 81.

⁹⁴ Bongiovanni 2000, p. 77-78.

⁹⁵ Non è, d'altro canto, un caso che nasca e si sviluppi nell'Inghilterra del tempo il primo costituzionalismo, di cui Locke può forse considerarsi l'anticipatore. Può dirsi, invero, che quello inglese rappresenta il primo modello di positivizzazione dei diritti fondamentali, seppur nell'ambito di una concezione non volontaristica ma giusnaturalistica-razionalistica del diritto, che si innerva su un modello di Stato, forgiato dal nascente costituzionalismo liberale e fondato, da un lato, sulla *common law* e, dall'altro, sulla "*sovereignty of Parliament*". Caratteristiche queste che, indirettamente, delineano un modello di diritti fondamentali in decisa continuità con il passato medievale insulare.

⁹⁶ Per un'acuta riflessione sulle differenze tra le costituzioni americane e le dichiarazioni nascenti dalla rivoluzione francese, v. Bobbio 1997, p. 101 ss.

⁹⁷ V. Peces-Barba 1993, p. 131.

in tal modo un vero capovolgimento epocale⁹⁸ rispetto alla tradizione del diritto pubblico europeo, che scorgeva il fondamento dei diritti dei singoli nello Stato. Esse, in altri termini, sanciscono nettamente la linea di separazione tra legge e diritti, collocando il fondamento di questi ultimi in una sfera giuridica che precede il diritto, che può essere posto da qualunque legislatore e che trova nei diritti dell'uomo il proprio limite⁹⁹ (*ius* e *libertas* prevalgono su *potestas*). Spicca, in tale preambolo, il riferimento alla felicità, come meta da raggiungere, riferimento che scompare del tutto nella dichiarazione francese.

Le dichiarazioni di diritti francesi, invece, vedono la luce in un contesto storico-istituzionale, oltre che culturale, molto diverso da quello americano. Mentre la rivoluzione americana mira alla libertà, all'indipendenza dalla madrepatria, configurandosi come una rivoluzione giuridico-istituzionale, la rivoluzione francese si configura, come una vera rivoluzione sociale¹⁰⁰, che mira alla liberazione dall'*ancien régime* e dai suoi privilegi, all'abbattimento di un regime politico e di un assetto sociale ormai completamente estranei al popolo e al perseguimento di libertà, uguaglianza e fratellanza, valori fino al momento sconosciuti. Il succedersi degli eventi rivoluzionari in Francia conduce alla stesura di un unico testo (a differenza della molteplicità dei testi americani) fondato, da un lato, sulla proclamazione di un nucleo di diritti inviolabili dell'uomo e del cittadino, intesi come diritti naturali, e, dall'altro, su un nuovo concetto di Stato. In primo luogo, dunque, anche la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, così come quella americana, rintraccia la propria fonte d'ispirazione nel diritto naturale, definendo (art. 2) 'imprescrittibili' quei diritti originari, precedenti ogni potere, che permangono nel patrimonio di ogni uomo anche in assenza di esercizio e che del potere costituiscono il limite: la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione¹⁰¹. In entrambi i casi è evidente il cambiamento di prospettiva con cui si guarda al rapporto politico ed alla società, *ex parte civium* e non più *ex parte principis*, attraverso la lente dell'individualismo.

Nella dichiarazione del 1789 molti dei caratteri finora analizzati giungono a maturazione e pregi ed incoerenze vengono amplificati. In primo luogo, la *Déclaration* rappresenta la massima eco della concezione individualistica della società da cui, grazie all'influenza del giusnaturalismo razionalista, dell'opera di Montesquieu e del contrattualismo rousseauviano, che assegna un ruolo preminente all'assemblea dei cittadini e, dunque, alla volontà generale, nasce l'idea stessa di democrazia moderna come potere degli individui, singolarmente considerati¹⁰². È opinione comune, infatti, che la dichiarazione costituisca ben più di una semplice proclamazione dei diritti¹⁰³; in essa

⁹⁸ In tal senso, v. Bobbio 1997, p. 256 e ss., per il quale "la proclamazione dei diritti dell'uomo ha tagliato in due il corso storico dell'umanità, per quel che riguarda la concezione del rapporto politico". Sul punto anche Baldassarre 1989, secondo cui le dichiarazioni americane rappresentano la prima compiuta teorizzazione (e affermazione positiva) dei diritti dell'uomo in senso moderno.

⁹⁹ Zagrebelsky 1992, p. 68.

¹⁰⁰ Arendt 1983, p. 44.

¹⁰¹ Articolo 2: Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione.

¹⁰² Bobbio 1997, p. 127 definisce così la democrazia nel senso moderno della parola "il potere di tutti gli individui che compongono una società retta da alcune regole essenziali tra cui quella fondamentale che attribuisce a ciascuno, alla pari di tutti gli altri, il diritto a partecipare liberamente alla presa delle decisioni collettive, ovvero delle decisioni vincolanti per tutta la collettività".

¹⁰³ Sia Bobbio 1997, p. 130, che Peces Barba 1993, p. 134, ne sottolineano la straordinaria rilevanza, ben nota, peraltro, agli stessi costituenti che l'approvarono in un testo a sé stante, al fine da renderla eternamente gloriosa.

sono esplicitati i caratteri fondamentali del costituzionalismo moderno: imperio della legge, eguaglianza formale, sovranità popolare e separazione dei poteri.

In particolare, il ruolo riservato alla legge dalla dichiarazione e dalla Costituzione stimola due riflessioni contrastanti. Se da un lato, infatti, esso è il corollario della riflessione giusnaturalista-contrattualista, che vede nella legge, uguale per tutti, "l'espressione della volontà popolare", poiché ogni cittadino può concorrere a formarla (art. 6), dall'altro, tale *légicentrisme*¹⁰⁴ implica la positivizzazione dei diritti dell'uomo, che pare stridere con la centralità (di matrice giusnaturalistica, artt.1-2) che la dichiarazione assegna al *corpus* dei diritti innati e con quella vocazione universalistica che traspare dalla formulazione della stessa dichiarazione che, ricorrendo a concetti astratti, evidentemente aspira ad offrirsi come modello per l'intera umanità¹⁰⁵. Ad ogni modo, nonostante tali contraddizioni e le critiche che negli anni si sono susseguite¹⁰⁶, va detto che la netta cesura che il riconoscimento dell'inviolabilità di alcuni diritti e la separazione dei poteri, contenuti nella dichiarazione del 1789, operano rispetto al passato ne certificano il suo spirito autenticamente rivoluzionario.

Quanto finora analizzato consente di procedere ad un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, da un lato, è emerso l'indissolubile legame tra i diritti fondamentali e quel modello ideologico che ha caratterizzato (e continua a farlo) buona parte della storia mondiale, il modello borghese-liberale. Dall'altro, altrettanto chiara è risultata la correlazione tra il paradigma dei diritti e la dimensione degli *interessi* ad essi sottesi, tradotti in istanze politiche e istituzionali già nello Stato monoclasse. In altri termini, ha iniziato a delinearsi il *proprium* di ogni ordinamento giuridico: quella reciproca interazione tra fini, valori e interessi che è alla base delle decisioni politiche fondanti il sistema¹⁰⁷. Ma sul punto si ritornerà oltre.

In secondo luogo, è del tutto evidente che il crinale lungo cui il tema dei diritti fondamentali si è mosso sin dalle scaturigini è quello tra un approccio rigorosamente storicistico¹⁰⁸ ed un approccio 'astorico', proprio del pensiero giusnaturalista¹⁰⁹. È altrettanto evidente, tuttavia, che con l'emergere di teorie filosofiche – in particolare il giuspositivismo – in netta antitesi concettuale rispetto

¹⁰⁴ A proposito del quale Zagrebelsky 1992, p. 66 così si esprime: "Si verificò così quello che può apparire un paradosso: nel Paese in cui contributo saliente allo sviluppo delle concezioni costituzionali è rappresentato senza dubbio dai diritti umani, ciò che si affermò non fu la centralità dei diritti ma quello che si è denominato il «légicentrisme». Non si ebbe così la sottoposizione della legge alla centralità dei diritti, la cui vera «costituzione» giuridicamente operante non fu la *Déclaration* ma il Code civil, non per nulla frequentemente denominato la «Costituzione della borghesia» liberale".

¹⁰⁵ Questa non è l'unica contraddizione rintracciabile: è singolare, infatti, il contrasto tra l'enfasi quasi religiosa della dichiarazione e il carattere assolutamente laico dei diritti ivi sanciti. Laicità che emerge laddove, nell'art. 10, si configura la libertà religiosa quale una delle possibili dimensioni della libertà di pensiero e di opinione e che la differenziano ulteriormente dalla dichiarazione d'indipendenza americana.

¹⁰⁶ Sul punto v. Bobbio 1997, p. 130 e ss.

¹⁰⁷ In tal senso Rimoli.

¹⁰⁸ Caratterizzato da una visione dei diritti e del costituzionalismo – incentrato sul principio della separazione dei poteri, sul principio di legalità e sulla riserva di legge – quali strumenti deputati alla necessaria limitazione del potere politico e, dunque, esposti all'evoluzione storica dei rapporti socio-politici di ciascun ordinamento statale.

¹⁰⁹ Orientato, nella prospettiva di rendere il paradigma dei diritti sostanzialmente indifferente ai mutamenti sociali, economici e politici e prescindendo dal carattere religioso-trascendente o laico-razionalistico di tempo in tempo assunto dal giusnaturalismo stesso al radicamento del modello assiologico eletto. In realtà, in un'ottica meramente utilitaristica, ne accetta quei tratti indispensabili a per-

a quel pensiero, protagonista indiscusso del panorama filosofico per oltre due secoli, anche il fondamento teorico dei diritti proclamati nel 1789 sia stato nuovamente posto in discussione.

Sotto l'influsso del pensiero giuspositivista¹¹⁰, nella nuova visione oggettiva della società il ruolo fondante è assegnato al diritto positivo dello Stato e i diritti dei singoli sono la risultante di un atto di autolimitazione da parte di quest'ultimo, che viene concepito allo stesso tempo come fonte e misura dei diritti stessi. L'elemento caratterizzante di tale concezione è da rintracciarsi senza dubbio nel primato della legge, ovviamente della legge del tempo – il codice – sistematica, generale ed astratta in cui i diritti trovano la loro positivizzazione. Con la teorizzazione dello Stato liberale di diritto, infatti, si rende incompatibile il fondamento contrattuale dei diritti e dello Stato e la preesistenza dei primi rispetto al secondo. Partendo, infatti, dall'affermazione di alcuni dogmi di diritto strettamente positivo, quali la completezza dell'ordinamento e la esclusività del diritto prodotto dallo Stato, Gerber, Jellinek e Santi Romano giungono ad elaborare la teoria dei diritti pubblici soggettivi, quali "effetti riflessi"¹¹¹ della potestà statale e, dunque, non preesistenti all'opera del legislatore, il cui contenuto può essere individuato esclusivamente dallo Stato. Più in particolare, sulla base di una netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, tale elaborata costruzione teorica individua nell'alveo del diritto pubblico, oltre al congenito rapporto di subordinazione tra individui e Stato-persona, anche altre situazioni giuridiche soggettive (*status civitatis*, *status activae civitatis* e *status libertatis*)¹¹² da cui derivano altrettante pretese giuridiche (diritti pubblici soggettivi = diritti fondamentali¹¹³), che altro non sono che "il potere di attivare al proprio individuale vantaggio le norme giuridiche"¹¹⁴. In realtà, una volta assunto il presupposto

petuare il modello originario; cosa che spinge, tra gli altri, Rimoli, p. 5, a rilevare l'incongruenza di fondo, il "vizio logico" del giusnaturalismo, nella negazione della coesistenzialità tra diritti e norme, intese come proposizioni deontiche. Per una rassegna dei riduzionismi laici e religiosi della teoria dei diritti fondamentali è imprescindibile la lettura di G. Peces-Barba 1993, p. 62 e ss.

¹¹⁰ Particolarmente significativa è la riflessione tedesca che prende vita, da un lato, dagli esiti del Vormärz e, dall'altro, dallo stesso principio cardine della monarchia costituzionale, in base al quale i diritti sono una libera concessione dei sovrani e, dunque, in una monarchia costituzionale diritti posti e stabiliti dalla legge. La dottrina giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento configura lo Stato come persona giuridica, in quanto ciò gli consente di "parlare dello Stato come di un soggetto unitario, astratto ma capace attraverso i suoi organi di volontà e di azioni concrete, la cui vita è regolata dal diritto" di cui lo Stato costituisce allo stesso tempo punto di partenza e punto di ritorno. *Amplius* Faralli 2000, p. 186 e ss.; per Jellinek G., 1912, p. 215 e ss., la sovranità dello Stato "si presume piena fin quando esso medesimo non la limiti con un proprio atto di volontà, costitutivo dei medesimi diritti degli individui" e ancora in merito alla funzionalizzazione dei diritti pubblici dei cittadini all'interesse generale: «Gli interessi individuali si distinguono in interessi costituiti prevalentemente da scopi individuali e in interessi costituiti prevalentemente da scopi generali. L'interesse individuale riconosciuto prevalentemente nell'interesse generale costituisce il contenuto del diritto pubblico» (p. 58); «qualunque diritto pubblico esiste nell'interesse generale, il quale è identico con l'interesse dello Stato» (p. 78).

¹¹¹ La teoria dei diritti riflessi spogliava i diritti fondamentali di ogni autonomia giusnaturalistica dallo Stato. V. Von Gerber 1971, p. 5 ss.; v. anche Romano 1900, p. 159 e ss.

¹¹² Dallo *status civitatis*, che si instaura quando lo Stato-persona concede ai cittadini posizioni attive nei suoi confronti, derivano i diritti ad avere date prestazioni da parte dello Stato; dallo *status activae civitatis*, (quando lo Stato-persona per agire giuridicamente affida l'esercizio di talune competenze a persone fisiche) conseguono i diritti a partecipare a funzioni statali ed investire cariche; infine, dallo *status libertatis* (che indica quello spazio in cui l'individuo, non essendo sottoposto a precetti imperativi dello Stato-persona e non interferendo con sfere giuridiche altrui, vanta una certa libertà d'azione) discendono diritti al riconoscimento degli attributi essenziali della personalità e di determinati spazi di libertà. Per una ricostruzione dettagliata di tali teorie, v. Baldassarre 1989a, p. 6-7; Pace 2003, spec. 59 ss.

¹¹³ Per Kelsen, che rappresenta probabilmente rappresenta il punto più alto della teoria giuridica positivistica, il diritto soggettivo di un soggetto presuppone l'obbligo di un altro ed esiste proprio quando all'individuo viene concessa dall'ordinamento giuridico la possibilità di rendere effettivo l'obbligo altrui attraverso un'azione in giudizio e la eventuale conseguente sanzione. Cfr. Kelsen 1967, p. 194-195.

¹¹⁴ Jellinek 1912, p. 56.

statalistico dell'assoluta supremazia dello Stato-persona sull'individuo, il corollario che ne consegue è che i diritti pubblici soggettivi, almeno quelli derivanti dallo *status libertatis* (diritti di libertà) – che sono quelli più immediatamente rilevanti ai fini che qui interessano – non possano configurarsi come pretese ad una mera astensione da parte dello Stato (*agēre licēre*), ma debbano configurarsi come un *agēre posse*, come diritti di agire a tutela delle libertà, individuate, peraltro, dallo Stato stesso (attraverso la legge). Com'è stato acutamente rilevato¹¹⁵, in tale costruzione il concetto di diritti di libertà oscilla costantemente tra lemmi opposti: sono diritti derivanti dallo *status libertatis*, che, secondo lo stesso autore, afferisce ad una sfera non statale, e tuttavia consistono fondamentalmente in un diritto di agire contro gli atti amministrativi *contra legem*, che cioè violano le disposizioni con cui essi vengono concessi ai privati. Non può tacersi, tuttavia, che l'ambiguità del compromesso così raggiunto sul tema dei diritti di libertà, sconta la difficoltà che pervade buona parte della riflessione giuspositivistica, ma soprattutto questa prima fase, nel conciliare una visione statalista del diritto pubblico soggettivo e una visione, più liberale, dei diritti di libertà come diritti assoluti della persona umana. D'altro canto, va rimarcata la funzionalizzazione di tale elaborazione del concetto di diritti rispetto ad un modello di Stato onnipervasivo. Il sistema così edificato, pertanto, sradica i diritti fondamentali dal tessuto del contrattualismo politico e dell'etica liberale nel quale sono nati e li affida interamente al diritto statuale, alla legge, non più intesa come espressione della sovranità popolare, bensì come strumento attraverso cui lo Stato – che è nella sua essenza *auctoritas* e non *veritas* (*auctoritas non veritas facit legem*) – garantisce la propria imparzialità di fronte ai cittadini e la conseguente eguaglianza giuridica di questi ultimi. Ora, se è vero che tale concezione presuppone un modello di Stato forte e stabile tanto da garantire libertà e godimento dei diritti, è altrettanto vero che essa reca in sé il rischio di esiti autoritari e dispotici: l'autorità, infatti, è volontà e la volontà può farsi arbitrio, così come può *porre* diritti, allo stesso modo può toglierli¹¹⁶. Nemmeno l'elaborazione normativistica kelseniana¹¹⁷, infatti, riesce a scongiurare il rischio di un'involuzione totalitaria (avvenuta poi con l'avvento dei regimi nazi-fascisti)¹¹⁸, causata dall'accentuazione dell'elemento autoritario insito nel modello statalista appena descritto e, in particolare, dal diminuito ruolo di garante dei diritti dell'individuo assegnato da tale modello alle solenni enunciazioni costituzionali. Abusi del legislatore e violazione dei diritti soggettivi non trovano nella legge statale adeguato argine. Si assiste alla deriva del modello verso altri incentrati su un soggetto di raccordo tra società civile ed istituzioni, sia esso una sola persona o un partito unico, che si pone come unico interprete degli interessi generali, cui i

¹¹⁵ Baldassarre 1989a, p. 7.

¹¹⁶ Pintore 2002.

¹¹⁷ Kelsen, infatti, pur sostenendo che ciò che costituisce il diritto come tale è la validità, non vuole sicuramente affermare che il diritto valido sia anche giusto, ma soltanto che vi è una differenza tra concetto giuridico e concetto sociologico del diritto e dello stato. Cfr. Kelsen 1967, p. 173 e ss.

¹¹⁸ I limiti mostrati dal giuspositivismo sono ben illustrati da Rimoli, p. 5 e 7, secondo cui il giuspositivismo "ha mostrato, secondo i suoi critici, di non saper sufficientemente combattere contro le aberrazioni dei totalitarismi del Novecento, e ha dunque trovato nel suo maggior pregio apparente, quello della neutralità assiologica, il suo peggior difetto, quello della debolezza di un pensiero relativista scivolato – secondo un esito nient'affatto necessario – inesorabilmente nel nichilismo etico. Esso non sarebbe dunque riuscito, sul piano giuridico-istituzionale, a garantire la permanenza del nucleo fondante dello Stato di diritto, non avendo saputo impedire la negazione del principio di separazione dei poteri, né, dunque, il mantenimento del patrimonio dei diritti fondamentali tutelato (almeno formalmente) dallo Stato liberale.

diritti di libertà vengono funzionalizzati¹¹⁹.

Insomma, sulla scorta di quanto finora riferito, sembra possibile evidenziare dei punti fermi nel percorso verso un'affermazione dei diritti fondamentali. In primo luogo, si deve rimarcare come volutamente si siano utilizzate espressioni, di volta in volta mutate dalla dottrina presa in esame (vale a dire: diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti umani, diritti innati, diritti pubblici soggettivi), solo apparentemente sinonime. Tale ambiguità, segnalata già all'inizio di questo scritto, che sconta diversità di approcci metodologici, di presupposti ideologici e un'oggettiva complessità del tema in oggetto, sembra riferirsi esclusivamente all'attributo 'fondamentali' del sostantivo 'diritti'. Sembra indubitabile che si tratti di diritti soggettivi, di un sottoinsieme di questi ultimi. Non che si possa parlare di diritti soggettivi *tout court*, e soprattutto della loro natura, senza tema di smentita: le riflessioni che si sono avvicendate negli ultimi tre secoli lo dimostrano. Tuttavia, un dato emerge con chiarezza: si tratta di situazioni giuridiche patrimonio del mondo occidentale e ciò consente di contestualizzare e storicizzare anche la speculazione sui diritti fondamentali. In altri termini, la nascita del concetto e, lentamente, di una teoria dei diritti fondamentali è storicamente e culturalmente (intendo tale termine nell'accezione più vasta possibile) connessa alla tradizione politica e giuridica occidentale, così come i contenuti ed i caratteri che via via sono stati loro attribuiti¹²⁰. Tale considerazione deve costituire la stella polare nel momento in cui ci si avventuri in una speculazione su tale tema; qualsivoglia tentativo di allargare l'ambito d'indagine oltre le 'colonne d'Ercole' della cultura giuridica 'occidentale' deve fare i conti con l'atto di nascita dei diritti fondamentali.

2.2. Il contributo del costituzionalismo moderno alla teoria dei diritti fondamentali

Si è visto come tra diritti fondamentali e costituzionalismo esista un nesso inscindibile. Entrambi sorgono per soddisfare un'esigenza indifferibile, la limitazione del potere politico, e vedono la loro storia intrecciarsi continuamente¹²¹. La parabola più che secolare del costituzionalismo¹²²

¹¹⁹ Per un approfondimento sulla transizione verso una concezione autoritaria dello statalismo v. Caretti 2002, p. 14; Costa 2001; Arendt 1996, spec. 372 ss. e 502 ss.; Rimoli, p. 7, il quale afferma che le distorsioni autoritarie dello statalismo "schiacciarono l'individualismo proprio della concezione liberale della società nell'olismo corporativo, ben radicato nella tradizione germanica, e divenuto presupposto tipico dei modelli basati sul potere carismatico del capo, ovvero su un *Führerprinzip* che riduceva coattivamente ogni forma di pluralismo, e in esso lo spazio dei singoli rispetto al potere, entro una mera possibilità di adesione alle opzioni del vertice".

¹²⁰ *Amplius* si veda la lucida analisi compiuta da Baccelli 2002, p. 205 ss., il quale non solo afferma che "la storia dell'elaborazione del linguaggio dei diritti, ed anche la storia dell'attribuzione ad essi di un valore universale, è una storia tipicamente occidentale, tanto che lo stesso concetto di diritto soggettivo è pressoché in traducibile in altre culture giuridiche ed in altre tradizioni etiche" - egemonia culturale immediatamente evidente anche in vari documenti internazionali in materia (prima tra tutti, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948) - ma si interroga anche sull'interculturalità dei diritti fondamentali.

¹²¹ Nella sua forma più matura, infatti, il costituzionalismo del XVIII-XIX secolo si regge sui due pilastri della garanzia dei diritti e della separazione dei poteri, nonostante le differenti anime - quella giacobina e quella anglosassone, partecipativa ed ispirata ai principi democratici emersi dalla Rivoluzione francese, la prima, ispirata ai principi liberali e di derivazione anglosassone, la seconda - in cui si specifica in quel periodo. Se da un lato, infatti, si preoccupa di stabilire l'insieme di regole idonee ad assicurare in qualsiasi forma di convivenza politica l'esercizio dei diritti inviolabili e il godimento delle libertà fondamentali, dall'altro, istituisce quel complesso di norme che limitano l'autorità statale, determinando la separazione dei poteri.

¹²² Espressione con cui Ferrara G., *L'instaurazione delle Costituzioni. Profili di storia costituzionale* - Relazione al convegno annuale della A.I.C. - Torino 1996, Padova, 2000, p. 65 e ss., allude "alla massiccia e parodistica compressione [del costituzionalismo] che dalla grande stagione rivoluzionaria era residua nella prima e nella seconda restaurazione monarchica (1814 e 1815), alla monarchia di luglio, allo scoppio della rivoluzione europea del 1848, con la II repubblica francese ed il ritorno del bonapartismo, alla cesura nella storia statale e costituzionale tedesca tra *Vormärz* e il *Nachmärz*, alle vicende della sua trasfigurazione liberal-statuale nelle monarchie

attraversa l'Ottocento monarchico e liberale e si allunga almeno fino alla metà del XX secolo, come esito del secondo dopoguerra, seguendo una traiettoria connotata da conquiste, arretramenti, avanzate e sconfitte e da una crescente tensione ad assumere, come obiettivi propri, le nuove esigenze sociali, traducendole in termini di diritti soggettivi e di compiti dello Stato. Dopo una prima esperienza di costituzioni *octroyées*, essa conosce l'apice con la promulgazione delle prime costituzioni lunghe¹²³ del XX secolo.

Al fine di comprendere la portata della Carta costituzionale del 1948, tuttavia, è opportuno prendere in esame, seppur brevemente, il quadro giuridico e teorico in cui essa interviene, iniziando con la prima esperienza costituzionale vissuta in Italia, lo Statuto albertino del 1848¹²⁴; ritenuto dalla dottrina maggioritaria una Costituzione flessibile e fondato sul principio della riserva di legge, nello Statuto è rinvenibile la prima forma compiuta di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano, considerato che esso dedica una parte, intitolata *Dei diritti e dei doveri dei cittadini* (ben 9 articoli), ai diritti di libertà, tra i quali spicca l'affermazione del principio di uguaglianza, intesa, tuttavia, in senso formale. Si è ancora lungi, coerentemente con "i postulati del costituzionalismo liberale ottocentesco" in cui si iscrive lo Statuto, dall'affermazione di un'eguaglianza formale che travalichi l'appartenenza ad uno *status* sociale od economico determinato, si tratta di un'eguaglianza dei punti di partenza. E coerentemente con il pensiero positivistico-statalista del tempo si pone la concezione degli altri diritti fondamentali. Lo Stato è allo stesso tempo fonte e misura dei diritti: da un lato, infatti, lo Statuto provvede ad affermare il diritto, dall'altro, la legge provvederà a specificarlo. I diritti fondamentali si configurano quali libertà individuali negative (o libertà dallo stato)¹²⁵, che mirano a tutelare una sfera di autonomia privata del singolo nei confronti di ogni ingerenza esterna, soprattutto da parte dei pubblici poteri. E tale configurazione dei diritti è comune anche alle altre coeve Carte costituzionali concesse (*octroyées*).

In tale quadro, verso la fine dell'Ottocento, la scienza costituzionale italiana subisce la forte influenza della "dogmatica del diritto statale tedesco", che si protrarrà almeno fino alla prima metà del XX secolo. L'*appel* esercitato dalla dottrina dei diritti pubblici soggettivi sulla dottrina pubblicistica italiana della fine del XIX sec. trova una giustificazione in un duplice ordine di motivazioni. Da un lato, così come per la Germania, quella teoria impostata sulla forza dello Stato-autorità

costituzionali, alla crisi del parlamentarismo liberale, alla conquista del suffragio universale (almeno maschile), agli effetti costituzionali prodotti in Europa dalla rivoluzione del 1917, con Weimar e la crisi della più «addottrinata» delle costituzioni, fino ai primi vagiti dello stato nella periferia settentrionale del nostro continente e nell'America di Roosevelt. Nel mentre, nel cuore dell'Europa, con l'avvento del fascismo in Italia, del nazismo undici anni dopo in Germania e, in Spagna, con la sconfitta della Repubblica, si preannunciava la catastrofe del costituzionalismo e quindi della civiltà politica".

¹²³ Ci si riferisce a quelle costituzioni del XX secolo, caratterizzate dalla presenza di ampi e dettagliati cataloghi di diritti fondamentali, oltre alle disposizioni sull'organizzazione dello Stato; Costituzioni in cui la lunghezza deriva dall'idea di estendere la democrazia dalla sfera della politica a quella dell'economia. Sul punto v. Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 329.

¹²⁴ Concesso da Carlo Alberto come legge suprema del regno di Sardegna e destinato a diventare la prima costituzione del Regno d'Italia, in vigore almeno formalmente fino alla promulgazione di quella del 1948.

¹²⁵ Oltre al principio di eguaglianza formale sopra citato, lo Statuto prevedeva: la libertà personale (art. 26), che in base alla dottrina dell'epoca comprendeva anche la libertà di circolazione e soggiorno, di espatrio e di emigrazione e la cui ampiezza fu progressivamente determinata attraverso la legislazione in materia di processo penale, la libertà di domicilio (art. 27), la libertà di stampa (art. 28), la proprietà come inviolabile (art. 29) e la libertà collettiva di riunione (art. 32).

forniva basi solide al processo di formazione e rinsaldamento dell'unità-identità nazionale necessario in un periodo di massicci mutamenti economico-sociali e in assenza di una società civile e di un mercato forti e consapevoli; dall'altro, si trattava di una teoria con una precisa identità ed un'autonoma rilevanza scientifica, caratteristiche di cui la dottrina pubblicistica italiana era assolutamente manchevole in quel periodo¹²⁶. Il centro sistemico di tale impalcatura teorica, come si è detto, risiedeva nel concetto di Stato-persona, che crea con atti propri l'ordinamento e che assegna a questi i contenuti che ritiene giusti ed opportuni, e nel conseguente corollario per cui i giuristi possono comprendere ed ordinare solo le manifestazioni esterne e formali degli atti dell'autorità, vale a dire solo la forma e l'efficacia di tali decisioni, essendo loro impossibile penetrare l'intimo contenuto derivante da una realtà esterna al diritto, sia essa morale, politica, ecc... In altri termini, si trattava di una concezione dogmatica razionalistica e formalistica che utilizzava l'indifferenza verso i valori e i contenuti non in funzione dell'affermazione di un'eguaglianza di tutti i soggetti, così come avveniva nell'elaborazione privatistica ad opera della pandettistica tedesca – da cui pure era stata mutuata – ma in funzione di un'ulteriore affermazione dell'intangibilità del rapporto asimmetrico tra Stato e cittadini. Tale indifferenza del potere sovrano rispetto a qualsiasi contenuto e valore – il vero cardine del sistema – imponeva una visione dei diritti molto lontana da quella affermata con lo Stato liberale di diritto.

Occorre ritornare brevemente sulla sopra citata teoria dei diritti riflessi per comprendere l'impatto che la Costituzione di Weimar, la prima Costituzione democratica del XX secolo, ha avuto nel panorama giuspubblicistico e, più in generale, giuridico dell'epoca. Alla vigilia della Costituzione del secondo Reich del 1919, la "dogmatica del diritto statale", nata in Germania ed importata anche in Italia ad opera di V.E. Orlando, non concepiva altri paradigmi di validità degli atti normativi che non fossero paradigmi meramente formali e, dunque, negava quel ruolo preminente che il costituzionalismo successivo avrebbe assegnato ai valori nella costituzione dell'ordinamento giuridico. In tale ambito, i diritti erano la risultante di un atto di autolimitazione dello Stato e non, come la concezione liberale, prima, e quella democratica, poi, avrebbero affermato, degli argini intangibili o anche solo una misura al potere legislativo. Tali premesse teoriche mal si conciliavano con le istanze politiche, economiche e sociali della fine del XIX e gli inizi del XX secolo, espresse in maniera più articolata per la prima volta grazie all'esperienza della Repubblica di Weimar, che rappresenta "un momento particolarissimo della storia europea nel passaggio dallo Stato parlamentare ottocentesco allo stato costituzionale del Novecento..... una resa dei conti delle principali ideologie e dei più rilevanti interessi sociali che si scontravano nella Germania di allora"¹²⁷. Un momento in cui si riassegna un ruolo fondante a valori e interessi e in cui le istanze democratiche assumono una fisionomia definita.

L'esperienza di Weimar rappresenta un momento importante nel passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale; essa testimonia la crisi del modello ottocentesco di Stato-sovranià-diritti sopra esposto avvenuta nel momento in cui cadono i presupposti sociali che ne

¹²⁶ Per una più ampia e sofisticata analisi del fenomeno è imprescindibile la lettura di Baldassarre 1991, p. 641 e ss.

¹²⁷ Baldassarre 1991, p. 649. La costituzione di Weimar, approvata e promulgata all'indomani della rivoluzione tedesca del 1918, risente profondamente dell'eco socialista concretatasi nella costituzione dell'Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche, emanata nel 1936, e del precedente catalogo tedesco dei diritti del 1848. Grazie all'apporto di Friedrich Naumann, l'iniziale scarso progetto di una mera esposizione di principi basilari si tramuta in un testo contenente sia un imponente e dettagliato catalogo di diritti sia un articolato programma democratico. La seconda parte della Costituzione, infatti, è intitolata ai "diritti e doveri fondamentali dei tedeschi" e si articola in cinque capitoli (persona singola, vita collettiva, religione, educazione ed istruzione, economia) in cui accanto alle classiche *civil liberties* si affacciano le finalità sociali.

costituivano il fondamento. Non si tratta più di ideare un sistema attraverso cui dare stabilità ai poteri costituiti, ma occorre dare una risposta alle istanze sociali pluralistiche che reclamano a gran voce un ruolo nell'ordinamento. Nel momento in cui nell'arena politica scendono partiti di massa, sindacati, forze diverse da quelle fin ad allora protagoniste esclusive della scena politica, deve essere rivista necessariamente la concezione dello Stato e del potere. Finché i protagonisti sono esponenti della *middle class* o della nobiltà, il problema dell'unità politica non si pone, ma quando gli esiti della rivoluzione industriale si consolidano, il pensiero socialista per voce dei suoi massimi esponenti introduce problematiche sociali nuove e rivoluzionarie, la geografia sociale si articola e si frammenta, il problema si pone in maniera forte e dirompente. Occorre rispondere a siffatte istanze pluralistiche con progetti più ampi di strutturazione sociale oltre che di riforma ordinamentale. Di fronte a tali sollecitazioni, la scienza costituzionale vive un periodo di straordinario attivismo. Si assiste, infatti, ad una proliferazione di nuove teorie della Costituzione, dirette alcune ad assecondare l'affermazione dei principi democratici, altre a limitarne la portata¹²⁸ ed altre ancora a contraddirli e contrastarli.

Tra le prime che inducono il declino della costruzione teorica dei diritti pubblici soggettivi, un ruolo preminente deve essere assegnato alla critica di Kelsen, il quale ritenendo la democrazia assolutamente inconciliabile con una concezione ipostatica-autoritaria dello Stato, come quella dello stato-persona, sottopone a revisione radicale tali principi assegnando una posizione prioritaria al momento normativo piuttosto che a quello dell'autorità o a quello istituzionale. Il percorso verso una teoria costituzionale nuova basata sulla centralità della *grundnorm*, su una moderna cultura democratica pluralista ed una sempre più forte consapevolezza della dimensione cosmopolita del diritto trova nella elaborazione kelseniana un alfiere vibrante. Egli, assegnando alla norma giuridica il significato di giudizio di valore, le consente di riappropriarsi dei contenuti, dei principi di cui era stata spogliata dalla dogmatica statale tedesca. In realtà, eleggendo la democrazia a metodo finalizzato ad assicurare a qualsiasi valore e/o interesse la possibilità di divenire dominanti, egli sancisce l'apertura totale a qualsiasi valore e, dunque, paradossalmente l'indifferenza verso qualsiasi contenuto¹²⁹, ribadendo, in altre parole, il carattere formale della norma. Tale *impasse* non toglie, tuttavia, il merito all'elaborazione kelseniana di aver riconosciuto come preminente il momento normativo all'interno di un ordinamento democratico, di aver compreso che da allora in poi la teoria dello Stato sarebbe stata necessariamente una teoria della costituzione e, soprattutto, di aver messo a fuoco la differente logica dello Stato costituzionale rispetto a quello liberale. La logica dei valori diviene la logica della costituzione e dello Stato che su di essa si fonda, allo Stato fondato sull'autorità si sostituisce lo Stato costituzionale, fondato su valori superiori e potenzialmente universali¹³⁰.

¹²⁸ Tale orientamento fa capo a Rudolf Smend, per il quale lo Stato vive in un continuo processo d'integrazione tra individuo e comunità e la costituzione non è un sistema di norme giuridiche astratte da interpretare e svolgere, ma è l'ordinamento giuridico di quel processo di integrazione, di formazione di sviluppo dei valori, in cui consiste la comunità nazionale-Stato. V. Smend R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 18.

¹²⁹ V. *amplius* Baldassarre 1991, p. 651.

¹³⁰ Si prende atto della complessità della società e della sua dimensione cosmopolita, dell'esistenza di valori universali. Ed è anche rispetto a questi che nello Stato costituzionale dovrà essere valutata la razionalità del suo operato, la legalità costituzionale che risponde a logiche di ragionevolezza, intesa come razionalità rispetto ai valori di cui esso stesso è portatore.

Se la costruzione teorica appena riferita definisce lo Stato come un ordinamento astratto, dato da un ordine normativo che assume la forma di una costituzione, intesa come tavola normativa dei valori, come norma di convivenza e garanzia dei diritti, il pensiero schmittiano, in profonda antitesi con il formalismo kelseniano, definisce lo Stato come ordine concreto, in cui la costituzione è frutto di una “decisione politica fondamentale del potere costituente”¹³¹, sia esso il popolo o il monarca. Per Schmitt, dunque, la costituzione è un atto consapevole di scelta per una determinata forma di Stato¹³², di cui il governo assicurerà la realizzazione concreta, che garantisce i diritti fondamentali. Questi ultimi “sono essenzialmente diritti del singolo uomo libero e precisamente diritti che egli ha di fronte allo Stato... in forza di un suo diritto naturale”¹³³. Pur ancorato ad una visione oggettiva e concreta dello Stato, Schmitt ritorna, dunque, verso l’idea ‘giusnaturalistica’ dei diritti, come diritti umani prestatali, validi per tutti gli uomini a prescindere da status ed appartenenza, assoluti in quanto il loro contenuto non deriva dalla legge, proclamati dalla Costituzione e garantiti dal custode di questa¹³⁴.

Pur collocate agli antipodi tra loro e nonostante la malcelata insofferenza schmittiana nei confronti dei valori di fondo del costituzionalismo, tali costruzioni donano nuova linfa al dibattito costituzionalistico e, di riflesso, anche alle elaborazioni in materia di diritti fondamentali: se da un lato, infatti, Kelsen immette nella discussione costituzionale l’elemento democratico e pluralistico, individuando nella Costituzione una “tavola dei valori” su cui sono iscritti garanzie e limiti dei diritti, dall’altro, la riflessione schmittiana mette a fuoco la rilevanza dell’elemento politico, negando aprioristicamente il pluralismo politico e sociale ed accollando alla Costituzione il compito di risolvere qualsiasi conflitto si affacci nella società. E le costituzioni del Novecento si avviano così su un percorso diverso, lontano dal formalismo ottocentesco e sensibile alle istanze democratiche e pluralistiche. In particolare, ai fini che qui interessano, il dibattito weimariano appena riferito e, prima ancora, le rivoluzioni settecentesche consegnano al XX secolo due differenti modelli di costituzione, intesa in senso prescrittivo: la costituzione-garanzia, che rintraccia nella Costituzione la suprema norma giuridica di garanzia e che entro tali limiti lascia libero spazio al gioco delle forze politiche, e la costituzione-indirizzo, che scorge nella costituzione il principio primo di

¹³¹ Schmitt 1984, p. 41 e p. 110 e ss. Considerato il maggior artefice della cosiddetta concezione istituzionalistica, l’autore prende nettamente le distanze dalla teoria kelseniana sull’astrattezza dell’ordinamento giuridico costituzionale, “non vi è nessuna costituzione che sia interamente nient’altro che un sistema di norme giuridiche a protezione del singolo di fronte allo Stato... Il politico non può essere separato dallo Stato”, *ibidem*, p. 171 ed ancora circa la costituzione di Weimar, pur rimarcandone il carattere marcatamente compromissorio tra un ordinamento sociale borghese ed uno socialista (p. 50 e 218) che ne fa una giustapposizione di principi disparati lungi dal pathos politico che l’aveva reclamata, la ritiene un esempio della decisione del popolo tedesco (p. 88). Nel solco tracciato da Schmitt anche Romano S., per il quale alla base del diritto vi è l’istituzione, il corpo sociale, che riduce ad unità gli elementi che lo compongono, dando vita ad un ordinamento che impedisce i conflitti. Il diritto, prima di divenire norma, è struttura della stessa società e, in tal modo, dalla considerazione che “*ubi societas ibi ius*”, si passa all’affermazione che “ogni ordinamento giuridico è una istituzione, ed ogni istituzione è un ordinamento giuridico”. Viene riconosciuta la patente della giuridicità alle più varie organizzazioni: politiche, economiche, professionali, etc. (stato-comunità), che entrano a comporre una pluralità di ordinamenti giuridici. In altri termini, lo Stato non ha un ordinamento giuridico, ma è un ordinamento giuridico e nella società vi è una pluralità degli ordinamenti giuridici. Tale elaborazione porrà il problema dei rapporti fra ordinamento giuridico e ordinamenti internazionali, ma su questo si ritornerà oltre.

¹³² Fioravanti 1993, p. 210.

¹³³ Schmitt 1984, p. 220.

¹³⁴ Schmitt 1981; in senso analogo sul punto, anche la riflessione di Barile 1958, citato in Bongiovanni 1997, p. 75 e ss.

unità politica, il cui scopo è ricondurre il pluralismo ad una dimensione comune, unitaria, teleologicamente “orientata da una preliminare e vincolante scelta di valori”¹³⁵. È evidente che sia il primo di tali modelli a rappresentare la Costituzione come una tavola di valori e a fornire un grande spazio ad un catalogo di diritti fondamentali. E tale modello si afferma nella maggior parte degli Stati europei all’indomani della seconda guerra mondiale e delle profonde crisi nazionali a questa conseguenti.

Nel secondo dopoguerra, infatti, si affacciano nel panorama giuspubblicistico europeo le nuove costituzioni, le cd. Costituzioni lunghe, le quali oltre ad una serie di norme sull’organizzazione dei poteri, inseriscono un articolato catalogo di diritti fondamentali. Il superamento dello Stato liberal-democratico ad opera dello Stato sociale, nonché la “riproposizione di certe venature di diffuso giusnaturalismo di matrice cattolica”, impongono l’introduzione nelle carte costituzionali europee di un nuovo catalogo di diritti, “arricchito dai nuovi diritti sociali, e soprattutto dal pervadente fine-valore dell’eguaglianza sostanziale, inteso anzitutto come vincolo costituzionale imposto al legislatore ordinario e come parametro effettivo di valutazione delle leggi per l’attività dei giudici costituzionali, alla luce di una sostanziale equiparazione tra norme precettive e programmatiche”¹³⁶. Non si tratta di un processo di facile gestione, considerate le innumerevoli pressioni sociali che connotano il passaggio tra Stato liberale e Stato democratico, considerato lo stato di salute della maggior parte dei Paesi nel secondo dopoguerra, devastati da fratture sociali e culturali di notevole entità, considerati i nuovi assetti politico-economici. Il che presuppone ed, allo stesso tempo, implica un mutato rapporto tra legge, cittadini ed amministrazione, un diverso concetto di legalità, una concezione del diritto e delle fonti di produzione normativa non più fondata sul primato della legge generale ed astratta. La diversificazione sociale, la moltiplicazione di interessi e forme di pressione sul legislatore, da un lato, innesca un progressivo fenomeno di polverizzazione della legge, che dura ancora oggi, e, dall’altro, snatura la legge come atto astratto, generale, impersonale, legandola sempre di più ai diversi interessi che affollano il panorama pluralista e inducendo una evidente eterogeneità dei contenuti¹³⁷. La costituzione si pone in tale scenario come nuovo strumento di unità, un insieme di valori e principî superiori, sui quali si realizza il consenso sociale, “indisponibile da parte degli occasionali signori della legge”, cui ancorare l’attività dell’esecutivo e, prima ancora, del legislatore e che impedisce la degenerazione in anarchia normativa¹³⁸. Ma soprattutto essa celebra il rinnovato interesse per i diritti dell’uomo. Nella centralità dei diritti all’interno delle costituzioni del secondo dopoguerra è difficile non scorgere i segni di una forte reazione politica – nei confronti di ogni tentativo di ipostatizzare una sfera di

¹³⁵ Fioravanti 1993, p. 211. Si tratta della visione ‘organicista’ del costituzionalismo, che assegna al potere sovrano (dei giudici) il compito di soddisfare le esigenze di equità e giustizia sostanziale nell’ottica del raggiungimento del bene comune e fa dipendere la validità della costituzione dalla qualità del potere costituente. Visione che si oppone a quella sopra citata cd. neo-contrattualista che, eleggendo la costituzione a limite entro il quale deve dispiegarsi la normale dialettica pluralista, le riconosce la sovranità necessaria, indipendentemente dalle qualità del potere costituente, relegato, pertanto ad un ruolo meramente fattuale. V. anche Bongiovanni 1997, p. 85.

¹³⁶ Così Rimoli, p. 8. Va detto, tuttavia, che la struttura del catalogo dei diritti nelle carte costituzionali europee, fortemente condizionate dal momento storico, ossia dalle condizioni contingenti e dalle forze in esso egemoni presenta più di qualche significativa differenza. Sul punto v. Allegretti 1997, p. 129 ss.

¹³⁷ *Amplius* v. la lucida ricostruzione del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale effettuata da Zagrebelsky 1992, p. 20 e ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 48.

diritti in senso esclusivamente oggettivo (proprio dei regimi totalitari) – e giuridica – verso la concezione positivista dello Stato e dei diritti – pur nella negazione di ogni suggestione neo-giusnaturalistica (di matrice cattolica, fondamentale), coerentemente con i principi democratici ad esse sottesi. Insomma, nelle società pluraliste contemporanee, contraddistinte “dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie e progetti differenziati ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi da fornire la base materiale della sovranità statale nel senso del passato, cioè le società dotate, nel loro insieme, di un certo grado di relativismo” alla Costituzione viene assegnato un compito differente dal passato; essa deve garantire la condizione di possibilità della vita comune e non realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune¹³⁹. Essa, dunque rappresenta la “garanzia di legittimità” per ciascuna delle parti costitutive della società, sulla base della quale a secondo dell’esito del compromesso costituzionale sarà eletto uno o l’altro indirizzo politico.

Frutto di un nuovo costituzionalismo, le nuove Costituzioni rappresentano il portato di un mutamento sostanziale e strutturale degli assetti socio-politici. Le recenti esperienze storico-politiche, infatti, hanno lasciato in eredità una profonda diffidenza nei confronti di quelle costruzioni teoriche che sono servite da terreno di coltura all’assolutizzazione del potere statale, conducendo, nelle loro manifestazioni più esecrabili all’affermazione dei regimi totalitari. L’esigenza di disancorare le sorti dell’ordinamento giuridico da un ente (sia esso il sovrano o il legislatore) superiore *legibus solutus*, per ancorarle a qualcosa di oggettivo, superiore alle ideologie e alle volontà politiche contingenti, induce gli Stati alla ricerca (o al recupero) di punti di partenza incontrovertibili, slegati dall’ondivago affermarsi delle varie forze politiche, in quanto ad esse sovraordinati. Ed è per tale motivo che nelle costituzioni del dopoguerra ciò che muta non sono solo “le tecniche della cosiddetta “razionalizzazione del potere”¹⁴⁰ per garantire una migliore governabilità, l’effettiva separazione dei diversi poteri e centri di decisione, nonché la guida efficace dei sempre più vasti apparati pubblici”, ma fondamentale la disciplina “dei diritti e dei doveri dei singoli e dei gruppi sociali, ormai soggetti attivi dei processi decisionali e destinatari di molteplici servizi”¹⁴¹. In altri termini, quella salda ancora cui ormeggiare la nuova concezione dello Stato viene rinvenuta nella costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Si assiste ad un doppio fenomeno: da un lato, i diritti vengono costituzionalizzati, vengono, cioè sottratti all’influenza diretta del potere politico e affermati come antecedenti l’autorità dello Stato, divenendo una “dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge”¹⁴². Dall’altro, la legge, che nella Costituzione trova il proprio fondamento, assume una propria funzione politica legata al perseguimento di interessi pubblici non riconducibili meramente alla realizzazione dei diritti o alla difesa e promozione di interessi individuali, ma alla regolamentazione della vita sociale.

¹³⁹ Zagrebelsky 1992, p. 9.

¹⁴⁰ Attraverso sistemi di “pesi e contrappesi” idonei a mantenere l’equilibrio tra i massimi organi dello Stato, consistenti nell’affiancare agli istituti tipici della democrazia rappresentativa altrettanto incisivi istituti di democrazia diretta, al sistema statale centrale un sistema articolato di autonomie locali, ad un forte ruolo del Parlamento una serie di contrappesi istituzionali e politici idonei a scongiurare la degenerazione del parlamentarismo ecc. Così, Caretti 2002, p. 88.

¹⁴¹ De Siervo U., *Il quadro storico-giuridico e i principi ispiratori della Costituzione* in <http://www.bdp.it/~costituz/tem02.htm>.

¹⁴² Zagrebelsky 1992, p. 63; sotto questo aspetto si distacca dalla concezione rivoluzionaria della Francia e si avvicina alla tradizione costituzionale nordamericana.

Per comprendere fino in fondo l'apporto del costituzionalismo del Novecento all'affermazione definitiva dei diritti fondamentali, può essere utilmente presa in considerazione l'esperienza costituzionale italiana, che appare paradigmatica al riguardo. All'indomani del secondo evento bellico, l'Italia si presentava afflitta da fratture sociali e culturali antiche, cui si sommavano quelle più recenti tra antifascisti e filofascisti, fra repubblicani e monarchici, fra portatori del "vento del Nord" e del "clima del Sud"; il tutto in un Paese appena uscito da un ventennio di radicale compressione delle libertà individuali e collettive. Insomma, la "Commissione dei 75" si trovava ad operare in un Paese che tentava di recuperare la propria sovranità nazionale. Il testo definitivo della Costituzione italiana discende da un accordo-compromesso tra le posizioni delle grandi componenti ideali presenti in seno all'Assemblea costituente. La non facile opera di mediazione¹⁴³ tra la visione cattolica, quella laica e quella socialista-comunista, articolate in una serie di filoni di pensiero interni, compiuta dalla sinistra cattolica verso le posizioni social-comuniste, consente di evidenziare come ancora in seno all'Assemblea Costituente la concezione dei diritti fondamentali o inviolabili era tutt'altro che univoca. Accanto a chi ne invocava un fondamento extra-positivo, vi era chi ne disconosceva il valore primario e fondante, relegandoli ad un ruolo meramente direttivo; accanto a chi affermava la loro discendenza dal principio di sovranità popolare, si scorgevano posizioni che li legavano all'affermazione del primato della persona. Nonostante tutte queste anime, tuttavia, in seno all'Assemblea il consenso si attestò su alcuni punti che l'o.d.g. Dossetti, prima, e la proposta La Pira-Basso, dopo, individuavano nell'antioriorità dei diritti della persona¹⁴⁴ e delle "forme sociali nelle quali esso [l'uomo] organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona" e nella equiordinazione assiologica tra i valori 'personalistici' della dignità umana e quelli 'sociali' della solidarietà-socialità. Il compromesso raggiunto in seno all'Assemblea Costituente¹⁴⁵ si attestava, al di là delle differenti formulazioni terminologiche, su diritti supremi, permanentemente validi, sottratti all'effimero gioco delle maggioranze parlamentari, superiori alla legge e immodificabili e ineliminabili anche da procedure di revisione costituzionale, che per tale motivo dovevano trovare collocazione nel testo della promulganda costituzione¹⁴⁶. L'accordo raggiunto non deve sottacere le dure contrapposizioni e le reciproche incomprensioni iniziali in seno all'assemblea, soprattutto sull'inserimento nel testo costituzionale delle disposizioni programmatiche e dei diritti sociali¹⁴⁷. Il fatto di aver trovato un compromesso su posizioni tanto avanzate, tuttavia, disvela la reale portata del documento, efficacemente espressa dalle parole di Togliatti – in polemica risposta ai dubbi di Calamandrei – allorché, citando Dante, ricordava che chi procede nel buio recando un lume, illumina prevalentemente la via a chi lo segue ("come quei che va di notte, che porta il lume dietro e a sé non giova, ma dopo sé fa le persone dotte").

¹⁴³ Ricostruita in modo articolato da Baldassarre 1989, p. 9.

¹⁴⁴ Essi venivano definiti "inalienabili e sacri all'uomo" nel testo La Pira-Basso, malcelando il difficile compromesso tra le posizioni cristiane e quelle social-comuniste e tradendo ancora un'eco di vecchie concezioni giusnaturalistiche. V. http://legislature.cam-era.it/_dati/Costituente/Lavori/I_Sottocommissione/sed004/sed004nc.pdf

¹⁴⁵ Alla Costituente le sinistre sarebbero state compensate della rinuncia ad un processo rivoluzionario con la promessa di una rivoluzione, contenuta appunto nella Costituzione repubblicana (cfr. Barile 1980, p. 15 ss.; sulla rilevanza dell'elemento della socialità nella Costituzione, v. Rossi 1989).

¹⁴⁶ E non nel preambolo, come avrebbero preferito personaggi di spicco, come Calamandrei, anche al fine di svolgere quella funzione educativa, più volte evocata da Aldo Moro nei suoi interventi, di orientamento nella lotta per la libertà e la giustizia sociale, dotando il Paese di uno zoccolo comune di valori e di regole. Per la ricostruzione v. Baldassarre 1989, p. 9.

¹⁴⁷ Sul punto v. *infra*.

Prima ancora di verificare qual è il significato dato alla parola inviolabili nell'art. 2, infatti, già la sua collocazione sistematica a ridosso della norma di apertura e prima dell'enunciazione del principio d'eguaglianza è sicuro indice del ruolo dei diritti fondamentali all'interno della Repubblica democratica. Essi ne delineano la nuova fisionomia, ponendo al centro dell'ordinamento giuridico statale la persona umana, facendo del riconoscimento inequivocabile dei diritti dell'uomo, prima che del cittadino, la base irremovibile della nuova società oltre che del nuovo Stato. Insomma, la sola collocazione sistematica della norma sui diritti inviolabili è sintomatica della volontà dei padri costituenti di delineare uno Stato democratico, fondato sui diritti della persona e informato ad un principio di eguaglianza, che sancisce il definitivo superamento¹⁴⁸ della concezione ottocentesca statocentrica, in cui i diritti individuali risultavano da un atto di autolimitazione dello Stato. La Costituzione del 1948 (al pari di ogni altra costituzione democratica), dunque, adotta una visione tri-dimensionale dello spazio giuridico, dove l'individuale, il sociale e il pubblico rappresentano tre componenti distinte anche se interagenti e intrecciate tra loro¹⁴⁹.

Ora, se da un punto di vista sistematico si è visto la rilevanza dell'opzione effettuata dall'Assemblea, è imprescindibile comprendere il senso dell'espressione utilizzata nell'art. 2, cioè qual è il significato da attribuire all'attributo 'inviolabili'. Anche a tale scopo soccorrono i lavori preparatori della costituzione. Se si analizzano le proposte provenute dagli esponenti delle varie correnti ideologiche all'interno della 'Commissione dei 75', è agevole vedere che ancora nel XX secolo il giusnaturalismo conserva pressoché intatta un'incredibile forza di suggestione, se è vero che tra le prime proposte relative all'articolo in questione spiccava quella di derivazione marcatamente cattolica del riconoscimento dei diritti "inalienabili e sacri all'uomo", che solo dopo molte travagliate discussioni veniva depurata da ogni accento meta-positivo, assumendo la formula oggi conosciuta. È da chiedersi, comunque, se, nonostante l'eliminazione degli attributi maggiormente intrisi di retaggi giusnaturalistici, l'attuale formulazione dell'art. 2 non contenga egualmente un rinvio al diritto naturale. Sotto un profilo eminentemente formale, l'uso del verbo *riconoscere*, così come, da un punto di vista sostanziale, il riferimento a diritti pre-statali, potrebbero indurre l'interprete a rinvenire nell'articolo in questione una forte influenza giusnaturalistica. Tuttavia, sembrano convincenti gli argomenti di chi fugge i dubbi su siffatta ipotesi, soprattutto laddove viene posto in rilievo che parlare di pre-statalità non significa necessariamente riferirsi al diritto naturale, se non cedendo al pregiudizio ideologico del carattere necessariamente statualistico del diritto positivo. Al contrario, in un sistema democratico si deve accedere alla tesi contraria, secondo cui, essendo il presupposto di uno stato democratico la libera volontà del popolo di costituirsi in Stato, i diritti e libertà di questo devono necessariamente essere anteriori o superiori allo stesso Stato, che è semplicemente la forma giuridica prescelta per vivere in comune¹⁵⁰.

Scongiurato il fondamento giusnaturalistico o, comunque, meta-positivo dei diritti inviolabili garantiti e riconosciuti dalla costituzione italiana, resta da interrogarsi su quale sia il fondamento di valore di tali diritti. Si tratta, in effetti, di sciogliere il nodo gordiano del fondamento dei diritti inviolabili, accogliendo l'avvertenza di carattere meta-teorico svolta da Ferrajoli, in base alla quale

¹⁴⁸ Per alcuni non si può parlare di definitivo superamento, bensì di incrinatura nelle concezioni statocentriche ottocentesche. V. Gambino 2002, p. 4.

¹⁴⁹ Baldassarre 1989a, p. 11.

¹⁵⁰ Baldassarre 1989, p. 11. Per una condivisibile critica al fondamento dei diritti pre-statali sulla sovranità popolare, v. Spadaro 1995, p. 241, in cui l'A. sottolinea che identificare la sovranità popolare con l'origine dei diritti fondamentali mal si concilia con la funzione da essi talvolta detenuta di limite alla stessa.

quando si parla di fondamento dei diritti fondamentali, l'errore più frequente in cui si incorre è confondere il fondamento teorico, quello assiologico, quello giuridico e quello storico-sociologico. La sovrapposizione dei piani di indagine ha, infatti, creato spesso incomprensioni ed ambiguità che, unitamente all'intrinseca enigmaticità dell'oggetto di analisi, hanno generato, come si è detto, un quadro piuttosto confuso. In effetti, una cosa è tentare la via definitoria, ben altra cosa è rintracciare la giustificazione etico-politica, il fondamento di valore di tali diritti. Se nel primo caso la speculazione, condotta al fine di comprendere la *ratio* di un diritto, presuppone ed implica una risposta di tipo descrittivo, in altri termini, una definizione, nel secondo caso, la riflessione deve essere finalisticamente orientata a comprendere quali siano i valori e quei principi che, definendoli come diritti fondamentali, l'ordinamento ha voluto tutelare. Operazione quest'ultima che, com'è evidente, non può essere meramente assertiva, ma normativa, investigando quali sono le opzioni assiologiche fondanti di un sistema, per rintracciare i valori che ciascun ordinamento democratico pone dietro (o dentro) l'individuazione e la tutela dei diritti, quale fondamento di sé e della propria legittimazione¹⁵¹. Così come l'approccio diretto a ricercare il fondamento storico-sociologico dei diritti, che prende in esame dati storici, sociali, politici, economici, culturali e giuridici, tutti egualmente verificabili da un punto di vista empirico, si presenta differente dalla ricerca finalizzata a rintracciare il fondamento giuridico positivo – la fonte – di ciascuno dei diritti¹⁵².

Da quanto fin qui delineato, appare evidente che l'ordinamento costituzionale sancisce una serie di principi e di valori che si pongono al di sopra di ogni potere autoritativo pubblico, anche al di sopra dello stesso legislatore (presente e futuro). Considerato il carattere di rigidità conferito alla carta costituzionale, infatti, essi rappresentano un limite invalicabile allo stesso potere di revisione costituzionale¹⁵³. Ciò vale a dire che la Costituzione non consente, né rende negoziabile, la discussione sui principi e sui valori supremi dell'ordinamento costituzionale, "il cui mantenimento è essenziale per la conservazione della stessa identità dell'ordine costituzionale vigente, sicché l'eliminazione di quei principi determinerebbe allo stesso tempo la distruzione dell'intera Costituzione e la sua sostituzione con un ordine costituzionale completamente diverso"¹⁵⁴. La costituzione italiana, pertanto, recepisce il *proprium* del costituzionalismo moderno - la sua valenza assiologica e prescrittiva - assegnando la preminenza ai valori, al momento assiologico-sostanziale piuttosto che, come avveniva con le costituzioni dell'Ottocento, al momento gerarchico-formale. I diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2, allora, altro non sono che i valori non negoziabili e indisponibili, sottratti sia alla volontà politica sia alla sovranità popolare, "perciò stesso diretti a unificare tutti i soggetti e le parti operanti in un determinato ordinamento *under the Constitution*".¹⁵⁵

¹⁵¹ V. Rimoli, p 2 e la bibliografia ivi citata; in particolare, sul punto, Luhmann 2002; Häberle 1993.

¹⁵² Come condivisibilmente argomentato da Ferrajoli 2002, p. 298 e ss., solo questi ultimi approcci al problema del fondamento forniscono delle risposte empiricamente verificabili.

¹⁵³ Baldassarre 1989, p. 10; Gambino 2002a, p. 8. Il giudice costituzionale, da parte sua, ha reiteratamente confermato l'esistenza di limiti impliciti alla revisione della Costituzione. Lo ha fatto in modo organico con la sent. 1146 del 1988, nella quale ha affermato che "la Costituzione italiana contiene taluni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali".

¹⁵⁴ Luciani 1996.

¹⁵⁵ Baldassarre 2002, p. 273.

In quanto valori tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento, alla composizione¹⁵⁶, inevitabile corollario del processo di positivizzazione in un sistema democratico¹⁵⁷.

Nelle costituzioni democratiche contemporanee, normative e prescrittive si verifica il passaggio dei diritti fondamentali da meri principi direttivi a contenuto di norme giuridiche precettive; le norme sui diritti inviolabili non sono più meramente descrittive, non si limitano più a tradurre in termini positivi i diritti naturali, esse prevedono l'affermazione di una libertà o di un diritto inserendoli, allo stesso tempo, in una "strutturazione di valori". A ben guardare, la stessa struttura di tali norme conferma la loro relativizzazione rispetto ad altri valori: l'individuazione di un limite implica l'affermazione di una gerarchia di valori, in cui la libertà o il diritto garantiti dalla norma risultano subordinati – si badi, sotto un profilo contenutistico e non assiologico – al valore di riferimento posto come limite. Insomma, in un sistema democratico-pluralistico, il cui "nucleo assiologico primigenio, il *dover essere*, l'*a priori* positivo", è costituito dalla centralità della persona umana, considerata nella sua socialità¹⁵⁸, la positivizzazione dei diritti corre necessariamente in parallelo con la loro relativizzazione.

Se quanto detto, da un lato, autorizza ad affermare l'evidenza di un vero e proprio sinallagma funzionale tra sistema democratico e diritti inviolabili e consente di individuare il fondamento assiologico dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano, dall'altro impone di approfondire l'analisi in una duplice direzione.

Innanzitutto, non può tacersi che l'aver istituito un forte "rapporto di condizionalità tra diritti inviolabili e il principio democratico" ed averli perciò sottratti alle decisioni della maggioranza e racchiusi nella "sfera dell'indecidibile"¹⁵⁹ (data l'intangibilità conseguente alla rigidità costituzionale) avvicina paradossalmente la concezione positivistica fondante la nostra costituzione ad una

¹⁵⁶ Modugno 1995a, p. 41, per il quale "I diritti inviolabili prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive sono valori e in quanto tali tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento, alla composizione".

¹⁵⁷ L'esperienza di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali si iscrive in quel fenomeno di positivizzazione dei diritti dell'uomo che, presente già, sebbene in fase embrionale, nelle esperienze costituzionali del XVII secolo, ha progressivamente interessato tutti gli Stati occidentali nel XX secolo. La tendenza alla positivizzazione si coniuga dapprima con quella forte verso una generalizzazione dei diritti fondamentali, già presente nelle due dichiarazioni dei diritti settecentesche, e successivamente con quella imprescindibile verso una internazionalizzazione degli stessi. Per una ricognizione dettagliata di tale fenomeno v. Peces-Barba 1993, p. 136 e ss.; ma anche, sebbene in riferimento alle esperienze tedesca ed americana, Baldassarre 1989, p. 12-13. "L'introduzione della problematica dei diritti fondamentali nell'orizzonte della democrazia ha comportato un mutamento radicale sia della concezione della libertà individuale, sia di quella della persona umana e, conseguentemente, dei diritti inviolabili", mentre la prima in una democrazia ha senso solo come espressione di libertà positiva, i secondi si possono configurare o come espressione di un insieme di valori sovraordinati o, secondo alcuni, come "condizioni di possibilità (o categorie trascendentali) di una democrazia pluralistica che possono essere dedotti dalle norme costituzionali dirette a riconoscere una forma di stato in qualche modo riconducibile al concetto di democrazia pluralistica. In altri termini, tale teoria fa derivare la primarietà e l'invulnerabilità di alcuni diritti da un valore primario ed assoluto, che non consiste in un dover essere meta-positivo o trascendentale come nelle elaborazioni giusnaturalistiche, ma in un concetto politico-costituzionale, dunque, positivo, quello della libertà positiva o della democrazia pluralistica". Baldassarre 1989, p. 15.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 16, in cui l'A. afferma, non senza enfasi, che i diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 possono essere definiti come le categorie a priori o trascendentali della democrazia. D'altro canto, anche i lavori preparatori depongono in tal senso, affermando che l'intersoggettività e la socialità sono paradigmi della società democratica pluralista la quale non coincide più, o comunque non si esaurisce nello Stato, l'individuo non deve essere più considerato soltanto uti singulus. Ulteriore riprova è riscontrabile nello stesso testo dell'art. 2, in cui la tutela della persona umana viene garantita sotto il duplice ed inscindibile profilo dell'individuo in quanto tale ed in quanto parte delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

¹⁵⁹ Ferrajoli 2002: "Politica e mercato si configurano in tal modo come la *sfera del decidibile*, rigidamente delimitata dai diritti fondamentali: i quali, proprio perché garantiti a tutti e sottratti alla disponibilità sia del mercato che della politica, determinano la *sfera di*

concezione quasi teologica dei diritti. Circostanza comprensibile se si tiene conto che il “vizio” della matrice giuspositivista consiste appunto “nell’insostenibilità di una dimensione di intangibilità assiologica delle scelte, ovvero impone la costante rivedibilità delle scelte stesse. In altri termini, tale impostazione determina *chi* individua, di tempo in tempo, i diritti fondamentali in un certo ordinamento, e *come* tali diritti siano sanciti e garantiti, ma non può dire, se non *hic et nunc* e solo in base al diritto positivo vigente, *quali* essi siano”¹⁶⁰. Ciò implica che un ulteriore passo nel percorso che ci si è prefissi di compiere debba necessariamente riguardare l’esame del significato da assegnare all’attributo inviolabili, evidentemente connesso alla questione dell’individuazione di quali sono tali diritti nella costituzione italiana e, ancor di più, con quella della possibile identificazione del carattere dell’invulnerabilità con quello della fundamentalità.

Originariamente l’attributo della invulnerabilità era riferito esclusivamente a quei diritti fondamentali cd. generali, i classici “diritti dell’uomo e del cittadino”, definendone l’intangibilità e l’ineliminabilità da parte dei poteri regi. Con il passaggio dalla tradizione monarchica a quella liberal-democratica e con l’apparizione dei diritti fondamentali cd. speciali¹⁶¹, connessi all’appartenenza ad uno status peculiare differente dallo *status naturae* o *civitatis*, si è assistito ad una progressiva traslitterazione dei caratteri tradizionalmente propri dei diritti dell’uomo in una categoria più ampia, che comprende i diritti fondamentali generali e quelli speciali, cui si è riferito il carattere dell’invulnerabilità, per evidenziarne l’indiscussa superiorità assiologica, l’originarietà, l’indisponibilità, l’inalienabilità, l’intrasmissibilità, l’irrinunziabilità, l’imprescrittibilità, l’intangibilità assoluta sia ad opera del legislatore (sia ordinario che costituzionale) sia ad opera di privati. D’altro canto, il riferimento all’invulnerabilità di quei diritti nell’art. 2 rivela la ferma volontà degli stessi Costituenti di ancorare la costruzione del nuovo ordinamento democratico ed, in particolare, la nuova *Grundnorm* a dei valori incancellabili, definiti *sub specie aeternitatis*, espressione di una civiltà prima ancora che di un regime costituzionale, così radicati da far avvertire una qualsiasi loro modificazione come un tentativo di rovesciamento di quell’ordine a fondamento del quale sono stati posti. In altri termini, con la qualificazione di invulnerabilità di taluni diritti, il Costituente ha voluto conferire loro un valore speciale, ponendoli al di sopra degli altri¹⁶², assegnando loro (al loro “contenuto essenziale”) il carattere dell’immodificabilità, in quanto fondamenta dello stato democratico¹⁶³, ponendo così il loro *contenuto di valore* al riparo da future revisioni costituzionali.

ciò che non dev’essere o dev’essere deciso, non potendo nessuna maggioranza, neppure l’unanimità, legittimamente decidere di violarli o di non soddisfarli”.

¹⁶⁰ Rimoli, p. 10, che pone in rilievo il ruolo determinante della giurisprudenza costituzionale nella individuazione del ‘fondamento giuridico’ dei diritti inviolabili nel nostro ordinamento, con tutti i problemi che ne derivano.

¹⁶¹ Precede a tale articolazione Baldassarre 1989, p. 27, il quale annovera tra i primi tre sottocategorie: diritti personali, civili e politici, e tra i secondi: diritti economici ed etico-sociali.

¹⁶² Pur non predisponendo una gerarchia dei valori completa o assoluta. È opportuno rimarcare, infatti, che la ragion d’essere dell’invulnerabilità non ha un contenuto uniforme e valido indifferentemente per tutti i diritti cui si riferisce l’articolo 2 della Costituzione, ma si diversifica piuttosto da categoria a categoria nel senso che il significato di quel concetto e le correlative garanzie variano in dipendenza della diversa giustificazione di volta in volta presente. Per la gerarchizzazione dei valori all’interno delle singole norme e non riferita in generale a tutto il corpus delle norme costituzionali, Baldassarre 1989, p. 14-15.

¹⁶³ Sull’equiparazione del concetto di invulnerabilità a quello della irriducibilità costituzionale, Barbera 1975, p. 117; Caretti 2002, p. 140 e ss., il quale opera una buona ricostruzione della cd. teoria dei limiti impliciti alla revisione costituzionale; Barile 1984, p. 53 il quale, appellandosi alla lettera del sostantivo, rileva che invulnerabilità è sinonima di inderogabilità e inabrogabilità costituzionale; *contra*, Pace 2003, p. 8, il quale nega che tali diritti costituiscano un limite alla revisione costituzionale; Pace 2000, p. 107 e ss. e Baldassarre 1989, p. 37, il quale precisa che confondere i due concetti equivale a confondere i due piani della legittimità e della legalità, snaturando, in

Ma quali sono i diritti cui il costituente ha riconosciuto tale valore superiore? Sono solo quelli costituzionalmente protetti in modo espresso o vi sono altre situazioni giuridiche cui, anche se non in maniera espressa, va riconosciuto una dignità assiologica superiore? In altri termini quali sono i diritti fondamentali? La copiosa letteratura sul tema¹⁶⁴ può sostanzialmente essere ricondotta a due posizioni: da un lato, la tesi cd. restrittiva, in base alla quale l'art. 2 si limita a conferire il *crisma dell'inviolabilità* ai diritti menzionati in Costituzione (o a quelli ad essi conseguenti), fungendo da matrice e garante dei diritti di libertà e non da fonte di altri diritti¹⁶⁵; dall'altro, la tesi cd. estensiva che rintraccia nell'art. 2 Cost. una norma a fattispecie aperta, idonea a dare adeguata copertura costituzionale a tutti quei "nuovi" diritti, che emergano a livello della Costituzione materiale, elaborati dalla coscienza sociale, non deducibili esplicitamente né implicitamente – se non a costo di una pericolosa concessione di discrezionalità all'interprete costituzionale – dai diritti già enumerati negli artt. 13 e ss. Cost.¹⁶⁶. Secondo tale impostazione, in altri termini, l'art. 2 sarebbe fonte autonoma di diritti ulteriori rispetto a quelli espressamente riconosciuti e garantiti dal testo costituzionale, non desumibili altrimenti dalla Costituzione¹⁶⁷.

A ben guardare, il problema del "quali sono i diritti inviolabili" risulta fortemente connesso con quello del loro fondamento. Laddove il fondamento dei diritti fondamentali venga rintracciato in un *quid* meta-giuridico, comunque esterno all'ordinamento, è evidente che l'art. 2 Cost. si debba configurare come una clausola aperta, idonea a comprendere tutti quei diritti fondamentali,

tal modo l'art. 2 del suo più significativo spessore giuridico. Per quanto riguarda il riferimento al "contenuto essenziale", si tratta – come nota Baldassarre – di uno dei meccanismi concettuali, vere e proprie regole di salvaguardia, attraverso cui si è cercato di porre un argine insuperabile oltre il quale il bilanciamento tra valori non può oscillare; si tratta, in altri termini, dell'individuazione dell'ambito della inviolabilità dei diritti costituzionalmente garantiti.

¹⁶⁴ Per un'analisi degli orientamenti della Corte costituzionale italiana, cfr. Modugno 1995a, p. 82 ss. e Baldassarre 1989, p. 19 e ss.; sulla clausola, aperta o chiusa, di cui alla citata norma costituzionale, v. a favore della *tesi* restrittiva Barile 1984, p. 54 e ss.; Pace 2003, p. 20 ss. per il quale, data l'insistenza dei diritti fondamentali anche nella sfera dei rapporti interprivati, il riconoscimento di un diritto, che *ex se* comporta un corrispondente obbligo a carico di un altro soggetto, non può essere un riconoscimento inespresso; Caretti 2002, p. 137 e ss.; Baldassarre 1989, p. 20-21, il quale, tuttavia, pur negando alla fine la copertura da parte dell'art. 2 di diritti diversi da quelli enumerati, esplicitamente o implicitamente, in Costituzione, riconosce la possibilità che esistano situazioni giuridiche o aree di libertà conseguenti al libero sviluppo della persona umana che non sono espressamente tipizzate in disposizioni costituzionali, la cui inviolabilità, sarà comunque garantita grazie all'incredibilmente ampio ed elastico potenziale semantico e normativo delle stesse disposizioni costituzionali. A favore della *tesi* estensiva (che va distinta dall'*interpretazione* estensiva dello stesso art. 2), v. Barbera 1975, p. 70 ss.; Spadaro 1995, p. 244 e ss.; seppur in riferimento all'esperienza gius-costituzionale tedesca, Häberle 1993, p. 79 ss.

¹⁶⁵ Barile 1984, p. 56 e ss. I fautori di tale impostazione concordano nel negare qualsiasi dignità di fonte all'articolo in questione, sostenendo la riconducibilità dei "nuovi diritti" a quelli espressamente enumerati nella carta costituzionale. Si tratta, per tale orientamento dottrinario e giurisprudenziale, di diritti "impliciti" o "trasversali", che possono ritenersi indirettamente riconosciuti e garantiti - ora isolatamente ora in combinato disposto - attraverso le norme degli artt. 13 e ss. Cost. All'art. 2 Cost., pertanto, non deve essere riconosciuta la natura di clausola aperta, ma una grande forza maieutica idonea a fornire, attraverso un'interpretazione estensiva, adeguata copertura costituzionale ai diritti conseguenti a quelli espressamente enumerati in Costituzione. Così anche Baldassarre 1989, p. 20-21.

¹⁶⁶ Si tratta della tesi prevalente sia nella giurisprudenza costituzionale (tra le pronunce più recenti, v. C. Cost. n. 39/2009; C. Cost. n. 398/2008; C. Cost. n. 120/2001; C. Cost. n.13/1994, tutte consultabili in www.giurcost.org) che in quella di legittimità (Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 529).

¹⁶⁷ L'evidente rischio connesso a tale impostazione, quello di un eccesso di discrezionalità nell'individuazione dei diritti inviolabili *ex* art. 2 Cost. o, per dirla con Barile, i labili contorni degli istituti di libertà avvolti nella nebbia dell'incertezza del diritto, è scongiurato dai sostenitori della "clausola aperta" attraverso il ricorso alla "cornice assiologica" delle disposizioni costituzionali. In altri termini, una volta individuata tale cornice - il fondamento dei diritti definiti inviolabili dai padri costituenti - entro cui è imprescindibile muoversi anche nell'interpretazione delle norme dei cd diritti inviolabili enumerati, sarà questa stessa cornice ad arginare ogni tentativo di arbitraria determinazione-creazione di diritti ulteriori rispetto a quelli costituzionalizzati espressamente. Così Spadaro 1995, p. 254 e ss.

quelle situazioni giuridiche non ancora tipizzate eppure espressione di valori propri dello stesso ordinamento. Così come è chiaro che il favore verso la tesi restrittiva della clausola chiusa sia sintomatico dell'opzione verso il fondamento positivo dei diritti fondamentali: se essi sono tali solo in quanto posti dall'ordinamento, è evidente che essi possano essere soltanto quelli enumerati in Costituzione e quelli ad essi conseguenti. In questa sede, tuttavia, senza avventurarsi in un discorso che condurrebbe inevitabilmente troppo oltre i confini della presente ricerca, è utile porre l'accento ancora una volta sul ruolo svolto dalla "cornice assiologica", dall'insieme di valori sottesi all'intero testo costituzionale nell'individuazione dei diritti fondamentali, prescindendo dallo schieramento in favore dell'una o dell'altra tesi interpretativa dell'art. 2 della Cost. Da quanto finora riferito appare evidente che i padri costituenti si sono trovati di fronte all'esigenza di garantire quell'assetto di valori connessi al complesso concetto di persona umana - posta al centro dell'ordinamento stesso - valori che albergavano nella coscienza comune, attraverso l'affermazione di diritti, definiti inviolabili per le ragioni sopra esposte. E questo i costituenti hanno fatto, assicurando il passaggio da un livello, per così dire, meta-giuridico ad un livello giuridico¹⁶⁸, dai valori ai diritti, avendo cura di garantire, attraverso la formulazione dell'art. 2, la possibilità di individuare "nuovi diritti", in tanto tutelabili in quanto conformi al quadro assiologico-culturale di riferimento. Lo si desume, del resto, dal potenziale semantico e normativo delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali, talmente ampio ed elastico da ricomprendere qualsiasi nuova situazione giuridica legata al libero sviluppo della personalità umana e della coscienza sociale, fermi restando gli argini costituiti dal "nucleo essenziale" dei valori costituzionali, considerati sia unitariamente che congiuntamente¹⁶⁹. Ed allora, se l'individuazione del fondamento assiologico orienta anche la difficile opera dell'interprete costituzionale nella creazione o nell'estrapolazione di diritti non contemplati dalle norme costituzionali, è evidente che il problema del fondamento dei diritti fondamentali non è meno importante di quello, altrettanto imprescindibile, delle loro garanzie. Non sembra pienamente condivisibile, pertanto, l'opinione di chi ritiene che il vero problema dei diritti fondamentali sia "procedurale", dell'autorità che li amministra, quindi, "non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*"¹⁷⁰.

Com'è evidente, entrambi i temi sono di non poco momento nella speculazione sui diritti fondamentali. Una volta individuato il fondamento dell'invulnerabilità nella previsione costituzionale, infatti, non ci si può esimere dall'affrontare il tema delle garanzie di tali diritti e dell'effettività delle

¹⁶⁸ A tale proposito, è da richiamare la suggestiva tesi del doppio fondamento dei diritti fondamentali elaborata da Spadaro 1995, p. 266 e ss., per il quale i diritti inviolabili riconosciuti e protetti nelle costituzioni affondano le proprie radici in realtà meta-giuridiche, che diventano valori fondamentali pre-giuridici solo nel momento in cui maturano nella comune coscienza dei consociati, diventano oggetto di un *idem sentire* da parte della società e quindi idonei ad incidere nella dimensione sociale della persona umana. Solo "il passaggio dal *fondamento* metagiuridico al *fondamento* pregiuridico – quando e se avviene – consente così al diritto fondamentale di prendere vita e ambire non solo ad una protezione giuridica *astratta* (art. 2), ma a una tutela giuridica *concreta*, fattuale" (corsivo dell'A.). Insomma, il cammino verso il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali passa attraverso tre livelli consequenziali e necessari: meta-giuridico (ontologico), pre-giuridico e giuridico. Sul consenso sociale, il consenso di coloro che sono assoggettati alla Costituzione, v. Mortati 1975, p. 6.

¹⁶⁹ Così Spadaro 1995, p. 273-274 e bibliografia ivi citata, il quale avverte sulla rilevanza da assegnare all'individuazione dei limiti alla cd. ermeneutica dei mutamenti costituzionali, in altri termini, sulla delicatezza del ruolo degli interpreti sia nella creazione che nella estrapolazione di nuovi diritti dalle disposizioni preesistenti del testo costituzionale. Essi sono comunque legati al quadro assiologico di riferimento, che può sì evolversi ma mai stravolgersi se non a costo di un totale cambiamento dello stesso ordinamento costituzionale. Sul punto v. anche Baldassarre 1989, p. 19.

¹⁷⁰ Bobbio 1997, p. 16 e Pintore 2002.

norme che li prevedono. Si tratta di un problema giuridico e politico, più che filosofico, che richiederebbe da solo un'approfondita trattazione; in questa sede, preme solo verificare se i diritti fondamentali siano solo quelli cui l'ordinamento mette a disposizione un regime di garanzie atte a renderli effettivi e in che cosa consistano sostanzialmente tali garanzie. Per procedere in tale direzione, è opportuno operare alcune puntualizzazioni concettuali. Innanzitutto, va detto che il dibattito in materia si è spesso incentrato sull'identificazione del concetto di esistenza dei diritti con quello della garanzia degli stessi, cioè sulla pretesa, di derivazione kelseniana, in base alla quale un diritto soggettivo esiste solo se garantito, poiché la garanzia è parte della struttura stessa del diritto¹⁷¹. Ne deriva che nell'ordinamento non potrebbero darsi lacune¹⁷² o antinomie attinenti il profilo giuridico, ma soltanto riferite a quello politico, morale o sociologico, colmabili, pertanto, solo attraverso interventi di carattere politico, morale o sociologico. La suddetta identificazione, tuttavia, è stata condivisibilmente oggetto di critiche da parte di quanti, pur all'interno di un'impostazione giuspositivistica, hanno ritenuto che un diritto soggettivo, come pretesa "ad esigere da un altro l'osservanza di un dovere che la norma impone nell'interesse del primo" (cd. garanzia primaria), non contenga in sé anche le cd. *garanzie secondarie*, i rimedi giurisdizionali contro la violazione dei diritti¹⁷³. Insomma, occorre distinguere il diritto dalla garanzia, il valore normativo del diritto dal momento della sua protezione, *a fortiori* quando si ha a che fare con un diritto fondamentale, la cui qualificazione come inviolabile ne costituisce la prima e più profonda forma di tutela. È, infatti, l'inviolabilità attribuita dal costituente a quei diritti espressione di valori riconosciuti come fondanti l'ordinamento democratico a garantirli nei confronti di qualsiasi intervento dello stesso legislatore costituzionale¹⁷⁴.

In secondo luogo, vanno tenuti distinti i due piani della completezza giuridica, cui appartiene il tema delle garanzie, e dell'effettività sociale. Come acutamente rilevato¹⁷⁵, su quest'ultimo piano esercitano la propria influenza non solo la possibilità di azionare in giudizio un diritto o l'esistenza di norme che a fronte del riconoscimento di un diritto, impongano obblighi e divieti corrispondenti, ma anche una serie di fattori extra giuridici attinenti al funzionamento del sistema sociale. Tale distinzione è di assoluta pregnanza allorché si affronti il tema sui diritti sociali (v. *infra*).

Ne consegue che a tutela dei diritti fondamentali il costituente, oltre a fornirli di una garanzia superiore individuata dalla loro inviolabilità, abbia apprestato un articolato sistema di garanzie cd. secondarie azionabili sia contro le lesioni provocate dai pubblici poteri sia da quelle cagionate

¹⁷¹ Sul punto v. anche Dicey 1959.

¹⁷² Per Kelsen 1967, p. 126, le lacune consistono in sensazioni di carenza confrontando l'ordinamento esistente con quello desiderato, perché ritenuto migliore. V. anche Palombella 1999.

¹⁷³ Tra gli altri v. Palombella 1999; Pintore 2002, e Ferrajoli 2002, anche se quest'ultimo, in realtà, attraverso la distinzione tra garanzie *primarie* e garanzie *secondarie*, cui logicamente conseguono lacune primarie (o deontiche) e secondarie (o giuridiche), a seconda che vi siano diritti che non prevedono un correlativo obbligo o divieto incumbente sull'altro o che esistano diritti a protezione dei quali non siano previste dall'ordinamento strumenti giurisdizionali adeguati, concepisce anche la possibilità che vi sia una norma che conferisca un diritto senza indicare i soggetti dell'obbligo corrispondente (privo in altri termini della garanzia primaria).

¹⁷⁴ V. *supra*. Qui occorre ricordare che l'art. 2 Cost. impone alla "Repubblica" – e quindi a tutti gli enti, statali e non, che la compongono, nonché agli organi amministrativi, legislativi e giurisdizionali – di considerare "inviolabili" e quindi di rispettare ("riconoscere") i diritti individuali e funzionali; e di farli rispettare.

¹⁷⁵ Palombella 1999.

da comportamenti dei privati¹⁷⁶. E d'altro canto l'elemento caratterizzante del linguaggio occidentale dei diritti, in senso positivo, pare essere proprio la compresenza dei tre momenti della valorizzazione dell'affermazione del diritto, della concettualizzazione dei bisogni ed aspettative e della conseguente ricerca degli strumenti giuridici atti a proteggerli¹⁷⁷.

2.2. Attuale fisionomia dei diritti fondamentali

Dovendo tirare le somme di quanto sinora riferito, vale la pena porre l'accento su alcuni tratti caratterizzanti i diritti fondamentali, nella prospettiva di rintracciare quale sia stata la *ratio* che ha portato all'affermazione dei diritti sociali e, soprattutto, al fine di comprendere quanti e quali dei caratteri sopra individuati possano essere agevolmente riferiti anche ai diritti sociali. Preliminarmente, da un punto di vista semantico, va precisato che nella congerie di espressioni atte ad individuare "quei diritti posti dall'autorità competente secondo procedure date in un determinato ordinamento (sistema) giuridico, formalmente, contenutisticamente e assiologicamente dotati del massimo grado di tutela"¹⁷⁸, sembra preferibile l'espressione di diritti fondamentali, perché unisce tanto la dimensione etica quanto quella giuridico-politica della nozione di diritti. Inoltre, nonostante una tendenziale quanto sommaria identificazione tra i "diritti fondamentali" e i "diritti umani", si deve avere presente che le due locuzioni individuano un rapporto di *genus a species*, in quanto se è vero che i diritti umani sono considerati ovunque diritti fondamentali, è altrettanto vero che esistono dei diritti fondamentali che lo sono solo in taluni contesti ordinamentali¹⁷⁹.

La marcia verso il riconoscimento come fondamentali dei diritti coincide con la tensione verso una loro generalizzazione, una loro universalizzazione. Affinché un diritto venga prima riconosciuto e poi tutelato come fondamentale, in altri termini, esso non può essere espressione di valori contingenti e particolari, ma universali e costanti.

Ma qual è il significato da attribuire all'universalità? Secondo la tesi di Ferrajoli¹⁸⁰, l'universalità consiste nella possibilità di ascrivere i diritti fondamentali a tutti, vale a dire nella presenza, all'in-

¹⁷⁶ Per una dettagliata trattazione di tali garanzie v. Caretti 2002, p. 115 e ss.

¹⁷⁷ Così Baccelli 2002, p. 210, che vi scorge l'elemento universalistico dei diritti fondamentali.

¹⁷⁸ Così Rimoli.

¹⁷⁹ Sul punto, *amplius*, Bovero 2002, 235 ss. ma spec. 241, il quale afferma che l'espressione "diritti umani", entrata nel parlare quotidiano, "è divenuta veicolo di una nozione vaga e imprecisa, tanto ambigua quanto predisposta ad usi retorici polivalenti e divergenti (come quelli dei cattolici e dei laici)"; l'autore salva però l'accezione più rigorosa della locuzione proposta da Ferrajoli, che li intende come sottospecie dei diritti fondamentali. Palombella 2002, p. 11 ss., secondo il quale l'espressione "diritti umani" è assoluta, e indipendente da ogni contesto, mentre quella "diritti fondamentali" è aperta e relativa: così, se i primi sono da ritenere inviolabili ovunque, dei secondi si può pretendere l'invulnerabilità "solo nell'*ambito* in cui questi sono fondamentali".

¹⁸⁰ V. Ferrajoli 2002, p. 5 e ss. e 280 e ss. il quale qualifica la propria definizione di diritti fondamentali come *stipulativa* ("né vera né falsa, ma solo più o meno adeguata alle finalità esplicative della teoria nei riguardi di qualunque ordinamento, quali che siano i diritti [e quand'anche non vi siano] in esso tutelati come fondamentali"), e *formale* ("volta a identificare i connotati strutturali che in funzione di tali finalità conveniamo di associare a questa espressione e che determinano l'estensione della classe dei diritti da essa denotati, quali che siano [o riteniamo giusto che siano] i loro argomenti o contenuti"). L'autore, poi, aggiunge che tale definizione non sarebbe inficiata, in quanto formale, affermando che un dato ordinamento giuridico, per esempio totalitario, è privo di diritti fondamentali, in quanto "la previsione di tali diritti da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento è insomma condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento, ma non incide sul significato del concetto di diritti fondamentali" (*ibidem*, p. 6).

terno della formulazione della norma che riconosce e garantisce tali diritti, del quantificatore universale “tutti”¹⁸¹. In altri termini, ogni qualvolta la norma presenti i caratteri di generalità ed astrattezza, essa avrà quell’universalità ‘formale’, intesa come “elemento necessario di ‘credibilità’ del paradigma dei diritti fondamentali”; vale a dire che se certi diritti sono conformati nel modo descritto, e se essi sono attribuiti ai singoli da un certo ordinamento, essi sono (ossia possono essere) definiti fondamentali. Il che non risolve molto sul piano sostanziale. Il problema, infatti, è nel passaggio dal piano eminentemente stipulativo di tale definizione a quello contenutistico. Indispensabile è comprendere quando i diritti garantiti - e non la norma che li garantisce - possono essere considerati universali e perciò fondamentali. Onde evitare che l’universalità sia considerata come un concetto potenzialmente vuoto¹⁸², incapace di impedire la produzione di norme di fatto particolari, seppur formulate come universali/generali, è necessario andare oltre il tratto stipulativo. L’intento, pur meritorio, di fornire una definizione teorica¹⁸³, neutrale ed avalutativa, perciò universalmente valida, di diritto fondamentale, anche e soprattutto al fine di disancorare l’ascrizione di tali diritti dal fattore di cittadinanza¹⁸⁴ e, quindi, al fine di rendere le norme, nazionali ed internazionali, sui diritti fondamentali come valide in sé universalmente, trova non pochi ostacoli, il più rilevante dei quali sembra doversi rintracciare nella imprescindibilità di un approccio sostanziale (contenutistico ed assiologico) al tema. La tesi formale finirebbe paradossalmente per legittimare il richiamo di suggestioni giusnaturalistiche, poiché solo accedendo ad una concezione che considera i diritti come un *a priori* ontologico rispetto alla norma che li pone e li garantisce (e, quindi, esistenti in sé, nella dimensione metagiuridica e pregiuridica) sarebbe possibile rintracciare diritti propri di ogni essere umano, a prescindere da qualsiasi fattore di differenziazione¹⁸⁵. Si deve, inoltre, mettere in guardia circa il rischio di un’inversione logica relativa al nesso eziologico esistente tra i caratteri dell’inalienabilità e della non negoziabilità e quello della universalità. Non sono i primi due caratteri che sono conseguenza della universalizzazione dei diritti fondamentali, ma è in presenza di diritti che presentino quei caratteri che è possibile procedere ad una loro universalizzazione.

¹⁸¹ L’A. ritiene che l’universalità formale è comunque rispettata allorché la formulazione della norma (“tetica” nel lessico dell’autore, e dunque tale da identificare reciprocamente forma e contenuto) sia in sé generale e astratta. Egli, tuttavia, (p. 121 ss.), anche in replica alle eccezioni mossegli da Guastini 2002 (p. 43 e ss.), Zolo 2002 (p. 49 e ss.), Bovero 2002 (p. 237 e ss.), ecc., nello stesso testo, precisa che “*universale*, pur associato a ‘diritti’ non è perciò sinonimo di *fondamentale*, ma ha un significato più esteso. ‘Fondamentali’ sono tutti e solo i diritti ascritti non a qualsiasi classe di soggetti, ma a quei soggetti cui l’ordinamento conferisca o lo *status* di persone e/o quello di cittadini e/o quello di capaci d’agire. Questo non toglie che sotto le qualifiche non solo di ‘universali’ ma anche di ‘fondamentali’ vengano prodotte norme che mascherano privilegi” (ivi, pp. 135-136).

¹⁸² Come ben rilevato da Guastini 2002, p. 43 ss.

¹⁸³ Secondo l’A., tale definizione può dirsi “teorica” poiché stipulata “con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie”, ma indifferente alla circostanza di fatto “che in questo o quell’ordinamento tali diritti siano (o non siano) formulati in carte costituzionali o leggi fondamentali, e perfino dal fatto che essi siano (o non siano) enunciati in norme di diritto positivo”. Su tale base c’è chi l’ha definita anche non normativa; v. Bovero 2002, p. 237 e ss.

¹⁸⁴ La cittadinanza viene considerata da Ferrajoli come “l’ultima grande limitazione normativa al principio di eguaglianza giuridica” (p. 9), come una vera e propria fonte di disuguaglianza e di regresso nella democrazia, chiusa in un’area circoscritta del mondo, “a prezzo della non democrazia nel resto del mondo”, così da produrre “una definitiva qualificazione dei diritti fondamentali e del nostro modello di democrazia, la cui credibilità è interamente legata al loro proclamato universalismo” (p. 24). È evidente in tale passaggio sia l’adesione ad un modello Kantiano di diritto cosmopolitico che la critica alle teorie di Marshall 1976, *passim*.

¹⁸⁵ Così Rimoli, p. Non va taciuto un altro nodo della tesi *de qua*, condivisibilmente rilevato da Zolo 2002, p. 53 e ss., il quale avverte che una definizione dei diritti fondamentali formale, neutrale, teorica ed universale non può valere a fondare una teoria della democrazia costituzionale (finalità espressamente indicata dall’A.) che presuppone ontologicamente un approccio tutt’altro che avalutativo o ideologicamente neutrale.

Allora occorre andare alla ricerca di uno spessore, dell'aspetto sostanziale di tale carattere. Per farlo è necessario, in primo luogo, riferire quel quantificatore universale "tutti" – indicatore di generalità nella tesi ferrajoliana – ad una classe determinata di soggetti, avendo cura di procedere con cautela nell'esclusione di questa o quella classe di riferimento (cittadinanza *in primis*). In tal senso è sufficiente porre mente all'*iter* storico-giuridico della progressiva affermazione dei diritti fondamentali come diritti dei cittadini compiutosi nello stato moderno e contemporaneo, per comprendere che il collegamento tra cittadinanza e diritti fondamentali non può essere bypassato in maniera indolore. Inoltre, giova ricordare, a tal proposito che, pur affascinati dall'idea di alcuni diritti appartenenti per nascita a tutti gli esseri umani, i diritti sono espressione di una data cultura¹⁸⁶ e che, pertanto, occorre fare molta attenzione a non destoricizzare e non decontestualizzare la riflessione su di essi¹⁸⁷. Insomma, la tensione verso un universalismo dei diritti ha sempre dovuto fare i conti con il loro genetico particolarismo. Attrito ancora più palpabile nel momento in cui si è cercato di rintracciare valori comuni in un quadro di riferimento allargato da una specifica dimensione "microsociale", come quella nazionale, ad un ambito sempre più vasto, come quello sovranazionale. Mentre nella prima, infatti, si può giungere a registrare un consenso circa l'individuazione di determinati valori atti ad assurgere al ruolo di diritti fondamentali, in una dimensione allargata su scala mondiale è arduo individuare valori che, transcendendo l'*humus* culturale, sociale, politico e giuridico in cui sono gemmati, si pongano come transculturali e, dunque, capaci di registrare quell'*idem sentire* che consente loro di acquisire la necessaria veste giuridica.

Ed è a tale difficile passaggio che si deve riconnettere il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali sviluppatosi nel Novecento, soprattutto all'indomani della seconda guerra mondiale¹⁸⁸. Si tratta di un imponente e progressivo processo che si pone, in fin dei conti, in linea di continuità con il processo di generalizzazione sopra citato. Come quello, infatti, l'internazionalizzazione dei diritti mira ad una progressiva estensione, in senso planetario, dei soggetti titolari dei diritti fondamentali, alla creazione di quel *demos* globale, di quell'ideale cosmopolitico anelato sin dalla prima modernità¹⁸⁹ o, quantomeno, alla creazione "di un «esperanto» o di una

¹⁸⁶ L'intima correlazione tra cultura e diritto viene annoverata da Schindler tra i vari condizionamenti (morale-diritto; politica-diritto; cultura-diritto, etc...) che possono essere iscritti nella cd. *ambiance*, in altri termini il *milieu*, quello che sta intorno al diritto, l'extragiuridico che resta sullo sfondo, implicito rispetto a quanto trova esplicitazione nel diritto e che svolge, rispetto a quest'ultimo, un'azione compensativa. Si tratta, in altri termini, dell' "ambiente naturale e culturale nel suo complesso, le normali situazioni antropologiche, geografiche, etniche, economiche e sociali, al pari della normatività extragiuridica", presupposto di ogni ordinamento giuridico positivo, che in quanto non diritto muta, creando spesso situazioni di disarmonia. V. Schindler 1999, p. XXVII e p. 101 e ss. La teoria dell'*ambiance* è stata richiamata anche da Heller 1988, p. 393.

¹⁸⁷ Avvertono dei rischi connessi a simili operazioni Baccelli 2002, p. 201 e ss., secondo cui "il linguaggio dei diritti porta con sé i segni indelebili della nostra tradizione poetica e giuridica, e in particolare di quella vicenda che si dipana a partire dall'autonomizzazione del sistema giuridico nella Roma antica. È allora opportuno chiedersi fino a che punto i 'diritti fondamentali' presentano una validità interculturale" e Rimoli, p. 6.

¹⁸⁸ Anche se, in realtà, il primo segnale di una collaborazione internazionale, finalizzata all'affermazione di diritti umani cosmopoliti è probabilmente la lotta contro la schiavitù.

¹⁸⁹ Per una completa ricostruzione in tal senso, v. Zolo 1990, p. 21 e ss.; Zolo 2002, p. 49 e ss. in cui l'autore palesa i suoi forti dubbi "oltre che sulla fattibilità di un ordine mondiale cosmopolitico... anche sulla sua desiderabilità. Una struttura di potere globale sarebbe oggi inevitabilmente destinata a comprimere le differenze culturali del pianeta, a penalizzare i soggetti più deboli, a ridurre drasticamente la complessità delle strutture politiche intermedie. E provocherebbe molto probabilmente più forti reazioni del terrorismo internazionale contro i paesi industriali, la cui egemonia fungerebbe inevitabilmente da supporto politico-militare della nuova Cosmopolis".

«koinè» delle diverse lingue (e, quindi, tradizioni e culture)” dei diritti del mondo¹⁹⁰. E, in effetti, le dichiarazioni internazionali¹⁹¹, succedutesi sin dal secondo dopoguerra, hanno inteso travalicare i confini degli stati nazionali in materia di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, provvedendo, seppur soltanto da un punto di vista semantico, oltre che all’ampliamento dei tradizionali cataloghi dei diritti¹⁹², all’estensione dei diritti elencati a ciascun essere umano, senza considerare la cittadinanza in senso nazionale.

Non si pensi, tuttavia, che un’operazione di tale genere abbia suscitato entusiasmi plebiscitari. A livello sovranazionale, l’opera di individuazione e di tutela dei diritti fondamentali si è rivelata nel passato in tutta la sua difficoltà¹⁹³, dovuta principalmente ad un modo differente e non condiviso di ‘sentire’ valori e diritti. E non deve trarre in inganno la sensibile variazione di tendenza avvenuta a seguito della globalizzazione¹⁹⁴. Se, da un lato, infatti, il crescente consenso intorno ad un numero consistente di valori, costanti ed universali¹⁹⁵ può essere collegato alla ricerca di nuovi criteri ordinatori, essendo venuti meno il centro ordinante e tutte quelle categorie (non solo giuridiche) che hanno accompagnato il cammino dell’umanità per millenni. Dall’altro, una lettura realistica e disincantata suggerisce che l’attuale insistenza sul paradigma dei diritti a livello planetario è frutto di una strategia di politica internazionale prima ancora che un’aspirazione verso la costruzione di un nuovo *demos* globale¹⁹⁶ costituito da esseri umani cosmopoliti, che godono ovunque dei medesimi diritti fondamentali. Alla luce dei recenti accadimenti, infatti, sembra di poter condividere le preoccupazioni di quanti vedono, nell’attuale contesto globalizzato, il rinnovato interesse verso i diritti fondamentali come un “utile strumento di *captatio benevolentiae* nei con-

¹⁹⁰ Spadaro 1995, p. 279.

¹⁹¹ Su tutte vanno citate la carta delle Nazioni Unite del 1945, la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, con le successive specificazioni: il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e quello sui diritti civili e politici del 1966, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959. Di estrema rilevanza, poi, anche perché corredate di un autonomo sistema di garanzia di effettività, sono la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, (il primo precipitato storico della Dichiarazione del 1948, secondo Allegretti 1997, p. 184) con i successivi protocolli addizionali, e il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957, su cui v. *infra*. Maggiori informazioni su tali documenti e sul valore di ognuno di essi, imprescindibile Conforti B., *Diritto internazionale*, Napoli, ult. ed., p. 175 e ss.; v. anche Ignatieff M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, p. 7 e ss., soprattutto per l’ampio corredo bibliografico.

¹⁹² Oltre ai classici diritti di libertà, tali testi si preoccupano di prevedere la tutela di altre posizioni soggettive, primi tra tutte i diritti sociali.

¹⁹³ Basti pensare, da un lato, alle formule blande e compromissorie spesso utilizzate nei testi di tali dichiarazioni e, dall’altro, al lungo e tortuoso *iter* attraverso cui si è giunti all’istituzione di un organo giurisdizionale penale a livello sovranazionale atto a rendere sanzionabili le violazioni dei diritti fondamentali. L’accordo di Roma del 1998 sull’istituzione di una Corte penale internazionale non è tuttora stato ratificato da alcuni Stati (tra cui gli Stati Uniti (!)).

¹⁹⁴ Non è questa la sede per affrontare la complessità del tema, per cui è vivamente consigliabile la lettura di Stiglitz J.E., *La globalizzazione e i suoi oppositori (Globalization and its discontents)*, (trad. it. di Cavallini D.), Torino, 2002; Habermas 2002; Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2001; Baldassarre 2002; Sen A., *Globalizzazione e libertà*, Milano 2002; Allegretti 2002; nonché la relazione al Convegno 2003 dell’A.I.C. di Denninger E., *L’impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee* in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Va rilevato, tuttavia, un dato costante delle speculazioni sul tema e cioè la consapevolezza di trovarsi di fronte ad una “nebbia concettuale”, ad una problematica complessa non ancora giunta a conclusione, un processo in continuo movimento caratterizzato da un superamento dei confini spazio-temporali finora conosciuti, con conseguente aumento ed intensificazione delle relazioni, delle comunicazioni e degli scambi.

¹⁹⁵ Si interroga sulla sincerità e sull’autenticità di tale consenso, Spadaro 1995, p. 279.

¹⁹⁶ Conseguente al declino del *nomos* della terra come forma di un determinato ordinamento politico, sociale e religioso e, dunque, come elemento di individuazione della sovranità e dell’ordinamento giuridico.

fronti dell'opinione pubblica mondiale... perfettamente funzionale alle esigenze delle *élites* dominanti"¹⁹⁷. In altri termini, nel momento in cui il declino del *nomos* della terra¹⁹⁸ mette di fronte ad una realtà in cui lo spazio vitale non coincide più con il territorio nazionale, in cui l'identità prende il posto della cittadinanza, in cui il principio di sovranità vive una crisi profonda, per alcuni irreversibile, in cui il sistema delle fonti si disarticola in una varietà di centri di produzione giuridica, si tende a dissimulare l'irresistibile cammino verso un mondo ancora di più caratterizzato da "libertà diseguali" e dal divario tra zone povere e zone ricche, catalizzando l'attenzione di tutti su temi di sicuro impatto come la sicurezza e i diritti umani. Circa questi ultimi, la tendenza verso una loro globalizzazione pone non poche perplessità legate sia, come si è appena detto, alla genuinità di tale operazione sia alla realizzabilità della stessa. La storia recentissima ci ha fatto assistere ad un pericolosissimo processo di "esportazione della democrazia"¹⁹⁹, il cui logico corollario è l'esportazione di un modello di diritti marcatamente occidentale che, oltre a non essere necessariamente il modello ontologicamente giusto²⁰⁰, deve fare i conti con gli insegnamenti di Kahn-Freund sul pericolo di rigetto conseguente a trapianti di modelli giuridici²⁰¹. La matrice dei diritti fondamentali, infatti, come si è più volte ripetuto, è tipicamente nazionale e ciò, se non preclude, rende perlomeno arduo rintracciare un paradigma dei diritti universalmente accettabile. Anche senza negare il ruolo crescente delle diverse Carte internazionali dei diritti dell'uomo, quasi universalmente «sottoscritte» dagli Stati aderenti all'O.N.U., si deve tuttavia "riconoscere il rischio della loro vacuità, proprio per il carattere spesso meramente declamatorio e retorico-ottativo che sembra circondare simili documenti"²⁰². Non è casuale, infatti, che tale materia resti sempre oggetto di una "disciplina giuridica icasticamente definita «diritto morbido» (*soft law*)" (in particolare, con riferimento ai diritti fondamentali di natura sociale) nonostante alcuni encomiabili sforzi, volti a rinforzare la natura «vincolante» degli accordi internazionali sui diritti umani.

D'altro canto, ragionare dei diritti fondamentali su scala globale amplifica i problemi che già a livello nazionale costituiscono i punti di crisi dello stesso paradigma. Il nodo delle garanzie e dell'effettività non è certamente più abbordabile sul piano globale, considerando che, in tale sede, oltre al profilo essenzialmente tecnico, esso interessa anche quello più marcatamente politico-internazionale dell'assenza di organismi dotati della soggettività internazionale e del potere

¹⁹⁷ V. Rimoli, p. 15 e ss.; Zolo 2002.

¹⁹⁸ V. Rodotà 2001, p. 39 e ss., in cui l'A. dipinge con acume e chiarezza impareggiabili le fosche trame di un fenomeno ancora molto oscuro.

¹⁹⁹ Collegato ad un altrettanto preoccupante intento di 'intrusività missionaria', che prevede una serie di diritti tipici di una dimensione globale, come quello di ingerenza umanitaria. Anche tale fenomeno è da ricollegarsi alla crisi della sovranità (sia a livello nazionale che sovranazionale), che già da tempo Schmitt 1972, p. 90, aveva preconizzato, con straordinaria lungimiranza. Egli pronunciava l'elogio funebre dello *ius publicum europaeum*, come costruzione concettuale dello Stato moderno e dei suoi attributi sovrani, «la porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca i cui concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa viene meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto dello Stato e internazionale eurocentrica, nel corso di un lavoro concettuale durato quattro secoli. Lo Stato come modello dell'unità politica, lo Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, questa fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, sta per essere detronizzato».

²⁰⁰ Su tale punto, v. Habermas 1998, p. 216 e *passim*, il quale ritiene che i diritti soggettivi sono funzionalmente insostituibili e che anche le comunità extraeuropee, nel loro percorso verso la modernità, non possano farne a meno. Se è vero che i diritti soggettivi sono in dotazione alle singole persone giuridiche, è anche vero che lo *status* di persona giuridica si forma solo nel contesto di una comunità fondata sul riconoscimento reciproco dei membri liberamente associati.

²⁰¹ Kahn-Freund 1975.

²⁰² Spadaro 1995, p. 279; così anche Bronzini 2003, p. 81, che richiama i dubbi di molti sulla "densità ontologica" dell'ONU e sul carattere volontario del diritto internazionale pattizio.

coercitivo necessario a rendere effettivi i diritti sanciti dalle dichiarazioni e a sanzionarne le eventuali violazioni. Il processo di universalizzazione dei diritti fondamentali (passato attraverso le fasi della generalizzazione, dell'internazionalizzazione e della specificazione) incontra, dunque, una battuta di arresto nel momento in cui intende positivarli su scala globale. Laddove manchi quel sostrato politico, sociale e culturale condiviso la globalizzazione di economia, mercati, comunicazioni e tecnologia non si dimostra sufficiente a fondare un comune paradigma di diritti. A fronte di un diritto privato ormai capace di regolamentare la dimensione globale degli scambi, il diritto pubblico internazionale non vive un altrettanto periodo di fulgore. Pur auspicabile sotto vari punti di vista, la globalizzazione dei diritti è lontana dall'essere raggiunta e, soprattutto, si può presentare come un cavallo di Troia. Se non dovesse essere il frutto di un effettivo superamento della dimensione nazionale del diritto e di una articolata e complessa opera di ricerca di punti di incontro transculturali effettuata da organismi a ciò deputati (e non in pochi qualificatissimi studi legali collegati alle più importanti multinazionali), la globalizzazione dei diritti finirebbe con l'essere un 'regalo' confezionato da una potente oligarchia colmo di nuove sorgenti di disuguaglianza.

2.3 La transizione dall'individualismo al pluralismo all'origine dei diritti sociali

Una volta individuati i caratteri identificativi dei diritti fondamentali, occorre calarsi nello specifico tema oggetto della ricerca ed analizzare i diritti sociali. In particolare si intende qui verificare se è possibile parlare, a proposito di diritti sociali, di una categoria di diritti autonoma ed indipendente ovvero se con tale espressione si suole identificare esclusivamente una *species* del più ampio *genus* dei diritti fondamentali. Prima (e al fine) di procedere in tale direzione, tuttavia, è bene avere ben presente innanzitutto che anche per i diritti sociali non esiste tuttora una nozione sufficientemente condivisa²⁰³. Anche in questo caso, tuttavia, la storia può venire in soccorso e consentire di ricostruire i lineamenti di tale categoria di diritti.

I diritti sociali sono una "istituzione giovane", sotto il profilo del loro riconoscimento costituzionale²⁰⁴. La pressoché totale assenza di tali diritti dalle Dichiarazioni dei diritti settecentesche, in particolare quella francese "dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789, ne è la piena conferma²⁰⁵. Per il riconoscimento come fondamentali dei cd. diritti di seconda generazione - ivi compresi i diritti sociali - occorre attendere il passaggio dallo Stato liberale monoclasse allo Stato

²⁰³ Già Gurvitch 1949, p. 93, avvertiva che l'espressione 'diritto sociale' era largamente usata, ma con significati spesso diversi e, talora, anche assai vaghi, optando per ricomprendere "sotto il termine di diritto sociale semplicemente l'insieme delle regole giuridiche, e particolarmente delle leggi dello stato, che proteggono gli elementi deboli e non possidenti della società e regolano l'intervento dello Stato nella sfera economica". Anche Corso 1981, p. 783, ritiene improprio un uso del termine, non accompagnato dalla consapevolezza della molteplicità dei significati (e quindi della assoluta genericità e atecnicità della nozione). Per Luciani 1994, p. 80 e ss., "pochi oggetti di analisi sono però così difficili da dominare, se non si abbandonano certi pregiudizi e certe acquisizioni della tradizione, come il vasto campo che identifichiamo con l'ellittica espressione "diritti sociali". Le ragioni delle difficoltà sono ormai note, e si radicano nella storia profonda delle idee e delle istituzioni politiche, che ha determinato una netta divaricazione fra diritti di libertà e diritti sociali, nella quale i primi hanno finito per collocarsi al centro, ed i secondi ai margini della riflessione teorica". Sul punto v. anche l'interessante speculazione di Giorgis 1999 e Trujillo Pérez 2000, p. 43.

²⁰⁴ Un'interessante ricostruzione del percorso verso l'affermazione dei diritti sociali è stata compiuta recentemente da Costa 1997, p. 277 e ss.

²⁰⁵ Luciani 1994, p. 82, riportando quanto affermato da Mazziotti, rivela l'esistenza dell'intenzione da parte dei redattori della Dichiarazione di assegnare un fine sociale allo Stato, collegato ad un superiore ideale di giustizia, poi presente nella Costituzione del 1793. Fatta eccezione per l'art. 13 che garantisce la 'libertà di lavoro' e il sostegno allo sviluppo di altri temi sociali, l'esclusione dei diritti sociali dal testo della dichiarazione è, tuttavia, segno inequivocabile della netta preminenza dell'interesse verso l'affermazione del

democratico pluriclasse - quando nascono come risposta all'industrialismo e alla democratizzazione dei processi decisionali²⁰⁶, grazie alla pressione di molteplici spinte - e le "costituzioni lunghe" del dopoguerra, in cui i valori della libertà e dell'uguaglianza acquistano nuova linfa e significato. Accanto al concetto di libertà negativa, infatti, compaiono in un ruolo primario i concetti di libertà positiva, uguaglianza sostanziale, dignità umana e liberazione dai bisogni e, soprattutto, si stabilisce un nuovo equilibrio tra individualità e socialità. Prima di tale fase, tuttavia, il costituzionalismo moderno, come si è visto, si caratterizza per essere un progressivo ed inarrestabile percorso di valorizzazione, fino alla costituzionalizzazione, del principio di libertà, in cui evidentemente l'esigenza di affermazione della differenziazione, della dimensione individuale mal si concilia sia con l'affermazione di un'idea di società fondativa di un nuovo modello antropologico che con quel principio di eguaglianza il quale, propugnando l'omologazione e la parificazione nella libertà, è alla base della nascita stessa dei diritti sociali. L'antinomia tra i due concetti di libertà ed eguaglianza, alimentata da illustre dottrina ancora nel XX secolo²⁰⁷, ha inevitabilmente comportato il sacrificio dei diritti storicamente considerati 'minori' sull'altare del riconoscimento dei diritti di libertà, con conseguente ritardo del loro processo di positivizzazione.

Lo snodo libertà-uguaglianza è fondamentale per comprendere fino in fondo la relazione tra diritti fondamentali e diritti sociali. Come ben rilevato da Luciani, per un lungo periodo la differenziazione storica tra diritti sociali e diritti di libertà è stata tradotta in una supposta incompatibilità logica tra libertà ed uguaglianza, effettuando in tal modo un'operazione, non soltanto debole da un punto di vista concettuale, ma incompatibile con la concezione stessa di democrazia. Da un punto di vista storico, infatti, è indubbia la priorità dei diritti fondamentali e la pressoché totale assenza dei diritti sociali, difficilmente annoverabili all'interno delle categorie giuridiche e politiche dell'epoca. E questo per vari motivi. Innanzitutto, sotto un profilo eminentemente antropologico, nel periodo liberale l'affermazione del principio individualistico introduce un'idea di individuo, "signore delle facoltà che il potere pubblico gli riconosce come sue personali", signore del suo spazio vitale²⁰⁸, al di sopra del quale c'è solo il potere sovrano. In secondo luogo, occorre aver presente che, da un punto di vista pratico, le prestazioni che oggi sarebbero annoverate tra i diritti sociali, all'epoca, venivano erogate da istituzioni private. Infine, sotto il profilo giuridico, va considerato, ed è questo l'elemento maggiormente rilevante, che il concetto di diritto soggettivo dell'epoca era sostanzialmente differente da quello attuale, vicino piuttosto all'idea della libertà naturale del singolo che ad una pretesa giuridica soggettiva avanzata nei confronti del sovrano. Il diritto soggettivo, in altri termini, si radicava nell'ambito della libertà, a differenza dei doveri pubblici (tra cui alcuni tra i più significativi diritti sociali) ispirati al principio di eguaglianza, "recessivo (tuttavia) rispetto al fondamentale valore della libertà"²⁰⁹. È evidente, allora, che in un quadro siffatto, i diritti sociali non potessero trovare agevolmente cittadinanza. Tale priorità storica, tuttavia, non valeva a fondare l'assoluta incompatibilità logica tra libertà ed uguaglianza sostanziale

principio di libertà e della ancor viva antropologia liberale classica, imperniata su una concezione nettamente individualista senza alcuna concessione al principio di solidarietà. Nello stesso senso, v. Cantaro 2006, p. 143 e ss.

²⁰⁶ Per le ricostruzioni Baldassarre 1989b; Barile 1984; Luciani 1994; Bifulco 2003; Cantaro 2006.

²⁰⁷ Schmitt 1984, p. 164 e ss.

²⁰⁸ Baldassarre 1989b, p. 1.

²⁰⁹ *Ibidem*.

che ha dominato la scena fino allo scorso secolo ed eclissatasi, grazie all'intervento di fattori pratici e teorici, di ordine culturale, giuridico, politico e sociale, nel corso del Novecento a favore di una visione in base alla quale i due principi in questione si sono riscoperti coesenziali all'idea stessa di democrazia. Tra i vari fattori, il variegato quadro ideologico di appartenenza degli stati liberali interessati dalla grande trasformazione economica sociale e politica della fine del XIX secolo, sembrerebbe sminuire l'influenza esercitata dalle elaborazioni socialiste in materia²¹⁰. Ed invece, va riconosciuto che tali teorie, così come quelle solidaristiche, hanno giocato un ruolo di grande rilievo nell'elaborazione delle contromisure nei confronti dell'avanzata dell'industrialismo. Dinanzi al dirompente affacciarsi della questione sociale, infatti, le risposte vengono apprese dapprima sul terreno della filosofia e della teoria socio-politica.

L'impetuosa e radicale trasformazione dei processi produttivi, dovuta all'introduzione di mezzi di produzione meccanici e all'utilizzo di nuove forme di organizzazione della produzione e degli scambi, salutata inizialmente dall'*intelligentia* illuminista come il risultato del "rischiamento operato dalla ragione", se, da un lato, rafforza la presa di coscienza dell'importanza assunta dal fattore lavoro all'interno della società moderna, dall'altro, costringendo i lavoratori ad estenuanti orari di lavoro a fronte di salari bassissimi e conseguenti condizioni di vita precarie e malsane, genera un clima di forte contrasto sociale²¹¹. Ed una società così caratterizzata esige evidentemente nuovi strumenti di analisi scientifica, diversi da quelli propri della cultura liberale. Si deve ai *maîtres-à-penser* del periodo il merito di aver elaborato degli strumenti, che, contemperando il rigore scientifico con la tensione etica, consentano di affrontare il difficile traghettaggio da una società monoclasse verso una società complessa pluriclasse. Il momento è epocale. Alla progressiva presa di coscienza che la personalità dell'individuo (inteso come soggetto di bisogni) non si realizza soltanto attraverso la proprietà, ma anche attraverso l'azione trasformativa del mondo esterno, cioè attraverso il lavoro, si unisce anche la graduale costruzione di un modello antropologico nuovo che, pur senza distruggere completamente le fondamenta del vecchio, vi innesta un elemento imprescindibile, fino al momento misconosciuto: la società²¹². Si tratta di due acquisizioni strettamente interconnesse tra loro. Mutano drasticamente, dunque, le coordinate che definiscono l'individuo, che appare ormai comprensibile solo a patto di riferirsi ad esso sulla base del nesso di appartenenza alla società. Essa, al pari dello Stato, rappresenta una forma di svolgimento e di realizzazione della personalità dell'individuo e pertanto, pur confliggendo tra loro,

²¹⁰ È per tale ridimensionamento, evidentemente, Baldassarre 1989b, p. 2, sulla base delle esperienze tedesca (sotto la guida del conservatore Bismarck), italiana (alludendo al regime fascista), americana (nel periodo liberal-progressista di Roosevelt), inglese e francese (governi a maggioranza socialista) e sulla base della trasversale rilevanza dei partiti cattolici.

²¹¹ Sul punto v. Baccelli 2000, p. 157 e ss.

²¹² Costa 1997, p. 287, riferendo il pensiero di Stein, delinea la nascente consapevolezza dell'esistenza di una questione sociale: "La spinta nell'uomo alla padronanza del mondo esterno, allo sviluppo delle proprie potenzialità va al di là, insieme, del bisogno individuale e delle possibilità individuali, suppone il superamento dell'individuo come tale, la scoperta della pluralità dei soggetti come condizione indispensabile del compimento, della realizzazione della personalità. Il singolo si realizza come personalità 'espansiva', realizza il suo storico progetto di dominio, solo se va oltre se stesso come singolo soggetto di bisogni, scopre la pluralità dei soggetti come moltiplicatori delle proprie umane possibilità, attinge infine il concetto della comunità che non è la giustapposizione esteriore di una molteplicità di singoli, non è la somma delle loro volontà occasionali. La comunità è «una forma autonoma di vita», una realtà che ha «essa stessa una vita personale». La volontà che permette alla comunità di esistere, di definirsi come realtà determinata è lo Stato. È dunque nello Stato che finalmente la personalità del singolo, incapace di trovare una compiuta realizzazione finché il singolo resta isolato, trova la sua destinazione finale".

Stato e società non possono non trovare un terreno di composizione e di collaborazione fattiva. Tanto più che gli attori che si muovono in tale scenario sono situati su piani contrapposti. Il profondo solco esistente tra detentori del capitale e lavoratori salariati, che è espressione di una altrettanto profonda contrapposizione di interessi tra loro incompatibili, deve essere colmato o proponendo un modello di società fondato sulla collaborazione interclassista e sulla solidarietà²¹³ o attraverso interventi sociali in grado di ridurre il costo economico e sociale del conflitto tra classi o eliminando il problema alla fonte, eliminando, cioè, la divisione in classi²¹⁴.

Solo in un secondo momento le istanze formulate a livello teorico e sociale, cercano e trovano adeguata sistemazione sotto un profilo giuridico. La crisi del diritto soggettivo in quanto categoria maggiormente consona all'idea metafisica dell'individuo autosufficiente, il delinarsi all'orizzonte di una nuova forma di Stato fondato su tali presupposti sociali, l'accantonamento dell'idea di *status* a favore di un'idea contrattualista dei rapporti di lavoro sono segni inequivocabili della ricerca di nuovi strumenti giuridici attraverso i quali gestire la transizione e la nuova realtà sociale. Dopo le prime risposte giuridiche alle rivendicazioni operaie sotto forma di leggi sociali²¹⁵, di fronte ai nuovi scenari socio-economici e dietro la spinta delle istanze pluralistico-partecipative, lo Stato acquisisce lentamente coscienza della necessità di dotarsi di un corredo giuridico e concettuale adeguato al nuovo contesto, idoneo a conciliare libertà, pluralismo ed uguaglianza. Se alla fine dell'Ottocento, infatti, il concetto di libertà e la sua "costituzionalizzazione" costituiscono ormai patrimonio acquisito, pluralismo ed uguaglianza, frutto delle dinamiche sociali del XIX secolo, reclamano una loro dignità, a prescindere dall'eterogeneità delle matrici culturali, ideologiche e politiche proprie delle teorizzazioni in materia²¹⁶. La connotazione sempre più marcata in senso pluralistico della società tardo-ottocentesca mostra in maniera irriverente tutte le contraddizioni e le crepe del modello liberale²¹⁷ e pone in primo piano un *demos* plurisfaccettato, difficile da escludere dai processi decisionali e da dominare, che rivendica, tra le altre, la possibilità di partecipare alla vita dello Stato. Il passaggio verso un sistema democratico, caratterizzato dal suffragio

²¹³ Intesa come legge fondamentale di ogni società, necessario legame di interdipendenza che collega tra loro i membri di una società, l'individuo alla totalità sociale e che impone loro determinati comportamenti reciproci. È la proposta avanzata dai primi pensatori socialisti (Owen, Fourier, Saint-Simon, ma anche Proudhon) che proponevano un modello di società alternativo, utopistico e solidarista, caratterizzato da meccanismi di distribuzione della ricchezza più equi e da un forte spirito di collaborazione. Sulle sfumature attribuibili al termine solidarietà e sul movimento di pensiero da esso scaturito, v. Costa 1997.

²¹⁴ Nella seconda metà dell'Ottocento si affermano le idee comuniste, grazie alle dottrine marxiane che immaginano e propugnano una società diversa in cui i mezzi di produzione fossero proprietà degli stessi lavoratori associati – l'unione dei lavoratori è l'appello auspicato con cui si chiude *Il manifesto del partito comunista* – e che avrebbe condotto alla scomparsa dello sfruttamento, dell'alienazione e ad una libertà vera dove il lavoro diviene scelta consapevole e non necessità. Sul ruolo giocato dal socialismo nell'affermazione dei diritti sociali v. Oestreich 2001, p. 123 e ss. e spec. p. 127, laddove individua proprio nella "immagine marxiana dell'uomo in quanto membro della specie – ossia dell'uomo 'vero', che ha bisogno della società e degli altri uomini" rifiutando l'isolamento dell'individuo, proprio della cultura liberale, la matrice dei diritti sociali fondamentali e del conseguente Stato sociale di diritto.

²¹⁵ Che, soprattutto in Germania ed in Inghilterra, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, si occupano del preoccupante fenomeno degli infortuni sul lavoro, della malattia, della vecchiaia e della disoccupazione.

²¹⁶ Sul punto v. almeno Cerri 2005 e Rimoli 1997; poi, Atripaldi 1996.

²¹⁷ V. Gambino 2002, p. 110.

universale²¹⁸, si pone evidentemente come improcrastinabile. La conquista del suffragio universale segna il superamento dell'asimmetria tra classi sociali, anche se si tratta di un superamento in senso puramente formale²¹⁹. La democrazia verso cui ci si dirige è, infatti, una democrazia formale, un metodo di formazione degli organi e delle decisioni politiche fondato sulla libertà di scelta dei cittadini, ancora lontana dalla democrazia sostanziale agognata dal socialismo finalizzata al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale tra gli uomini. Ma si tratta, comunque, di un passaggio fondamentale: l'affermazione della coesistenzialità all'idea di democrazia della libertà e dell'eguaglianza. Il passaggio successivo, quello dalla libertà negativa a quella positiva e dall'eguaglianza formale a quella sostanziale, sarebbe avvenuto di lì a poco.

2.4 Il ruolo del costituzionalismo contemporaneo nel riconoscimento dei diritti sociali

L'esperienza di Weimar apre il "secolo lungo" delle costituzioni del lavoro²²⁰. Essa rappresenta "il primo approccio alla definizione giuridica dei diritti sociali", il primo tentativo a livello costituzionale di inserimento di tali diritti nella struttura dello Stato di diritto²²¹. Promulgata all'indomani del primo conflitto mondiale in una Germania lacerata dalle fratture sociali, tra tendenze di restaurazione monarchica e tentativi di sovvertimento socialista, essa si pone come un modello alternativo all'esperimento bolscevico - la Costituzione socialista federativa sovietica del 1918 e quella dell'U.R.S.S. del 1924 - imperniato sulla brusca rottura con gli assetti precedenti²²². L'esperienza tedesca del 1919 percorre un itinerario diverso che tenta di rifondare, democratizzandoli, più che distruggere gli assetti precedenti, avendo di mira la costruzione di "una democrazia sociale quale elemento unificante tra una libertà proclamata attraverso i diritti fondamentali e un'eguaglianza non risolubile in mere proclamazioni di principio"²²³. Invertendo il flusso della sovranità (l'art. 1 sancisce che il potere emana dal popolo), la Costituzione tedesca del 1919²²⁴, preso atto della contraddizione fondamentale dello Stato liberale (astratto ed universale nei principi, censitario e ristretto nelle forme rappresentative), ne riformula l'architettura costituzionale,

²¹⁸ Si deve probabilmente alle teorie di Tocqueville e di Mill la prima presa di coscienza dell'inadeguatezza del modello liberale alle nuove dinamiche socio-politiche e della necessità dell'apertura alle pressanti istanze di partecipazione politica. Per un approfondimento in tale direzione, v. Barbera 2000, p. 25 e ss., Bongiovanni G.- Gozzi G. 2000, p. 231 e ss. e, con sfumature differenti, Cantaro 2006, p. 151 e ss.

²¹⁹ Nell'ottica socialista e, soprattutto, in quella marxista democrazia e suffragio universale non rappresentano il punto di arrivo di un percorso evolutivo del concetto di società, ma si pongono come elementi strumentali, al pari degli strumenti della democrazia diretta e della democratizzazione dei processi decisionali in ambiti diversi dalla cosa pubblica, rispetto al fine ultimo di una società senza classi. Bongiovanni G.- Gozzi G. 2000, p. 234. Occorre rimarcare, tuttavia, che si tratta di strumenti forti, dotati di una forza espansiva, che avrebbero "spianato la strada alla «legge dei numeri», sovvertendo l'ordine sociale ed economico che privilegiava l'élite". V. sul punto Bin 2007, p. 16.

²²⁰ L'espressione è di Cantaro 2006, il quale la contrappone motivatamente a quella opposta, "secolo breve", coniata da Hobsbawm 1995, e largamente mutuata dalla dottrina successiva. Comprensibilmente, la letteratura sul laboratorio Weimar è particolarmente copiosa; tra tutti v. almeno Mortati 1946; Lanchester 1985; Arrigo G.-Vardaro G. 1982.

²²¹ Prima di tale dichiarazione, il riconoscimento dei diritti sociali era stato demandato a leggi ordinarie comparse nel panorama europeo a cavallo tra i due secoli.

²²² In tal senso anche Oestreich 2001.

²²³ Gambino 2002, p. 113.

²²⁴ "Quella di Weimar può leggersi come il simbolo di un'epoca in transizione che – tra nuove forme e configurazioni del rapporto tra diritti e potere, tra società e Stato – sperimenta in modo antesignano un modello di democrazia sostanziale destinato ad infrangere i canoni concettuali ed i modelli statuali dell'Ottocento ed a schiudere un'ulteriore, quanto feconda, stagione del moderno costituzionalismo europeo", *ibidem*.

fondandolo sulla sovranità popolare e su di un ampio catalogo di diritti, comprensivo sia delle 'vecchie' libertà liberali sia dei nuovi diritti sociali. Consapevole delle sperequazioni socio-economiche alimentatesi in epoca liberale e del nuovo articolato scenario sociale, la prima delle costituzioni lunghe amplia il profilo normativo e garantistico, estendendo a tutti i membri della società eguali diritti, condizioni di partenza, opportunità e limiti e, dunque, superando il concetto di eguaglianza come mera eguaglianza di fronte alla legge. La difficile opera di ammodernamento istituzionale, dunque, ha come asse portante l'individuazione e, soprattutto, la garanzia dei diritti sociali, come pre-condizioni dell'effettività dei valori della libertà e dell'eguaglianza, intesa ora in senso sostanziale²²⁵. Certo, come tutto ciò che segna l'inizio della fine di un'epoca, come ogni passaggio epocale, anche la Costituzione di Weimar presenta delle incertezze e delle debolezze, che ne fanno un originale ed ambizioso progetto di riforma istituzionale, ma mai portato a compimento in un corrispondente programma politico d'azione²²⁶. La collocazione dei diritti sociali nella seconda parte e la loro formulazione in chiave programmatica ne costituiscono il limite più evidente. In effetti, su tali basi, i commentatori del laboratorio²²⁷ costituzionale di Weimar concordano nel ritenere i diritti sociali come meri diritti legali e non diritti costituzionali, diritti privi di un'azionabilità immediata e diretta, aventi un fondamento politico-costituzionale e non giuridico-costituzionale²²⁸. In fin dei conti, se da un lato, occorre riconoscere l'audace e meritorio inserimento nella Costituzione di un catalogo di diritti ampio e particolareggiato, dall'altro, si deve riconoscere che la posizione in cui vengono collocati i neonati diritti sociali è una posizione di minorità rispetto ai diritti di libertà, per alcuni evidentemente compromissoria tra le posizioni del liberalismo e quelle del socialismo²²⁹, per altri inevitabile prezzo da pagare all'avvio di un imponente processo di democratizzazione dello Stato²³⁰.

Insomma, nonostante il ribaltamento prospettico prodotto da Weimar, fino all'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, lo *status* dei "nuovi diritti" è uno *status* di minorità rispetto ai

²²⁵ Cantaro 2006, p. 60 e ss. L'eguaglianza sostanziale è uno dei tre criteri direttivi attraverso cui, nell'acuta analisi di Mortati, si spiega l'idea sociale nella Costituzione di Weimar oltre la fine dell'astensionismo dello Stato in materia di regolazione dell'economia e all'affermazione dell'interesse collettivo come nuovo principio informatore dell'attività dei singoli.

²²⁶ *Ibidem*, p. 115. L'A. riporta il commento di Kirchheimer a proposito, definendo la costituzione di Weimar la "costituzione senza decisione". Sui limiti dell'esperienza weimariana, v. anche Baldassarre 1989b, p. 4 e la letteratura ivi citata.

²²⁷ Il primo riferimento a Weimar come 'laboratorio' è in Marramao 1979.

²²⁸ È quanto riferisce anche Lombardi 1999, p. 8.

²²⁹ Schmitt 1984, p. 169, che considera solo i diritti di libertà i veri diritti fondamentali e non anche i diritti "socialisti". L'ottica con cui il filosofo guarda ai diritti sociali si può evincere da questo passo: "Sono invece diversamente congegnati i diritti del singolo, essenzialmente socialisti, alle prestazioni positive dello Stato. Essi non possono essere illimitati, giacché ogni diritto alla prestazione di un altro è limitato, ma anche un diritto di tutti alle prestazioni dello Stato. Questi diritti presuppongono l'organizzazione statale, in cui si inserisce il singolo autorizzato. Il suo diritto è perciò già relativizzato. Esso è condizionato e precisamente da un'organizzazione che racchiude l'individuo, gli indica il suo posto, misura e razionalizza la sua pretesa. Se una legge costituzionale proclama il diritto al lavoro, non si può intendere con ciò un diritto in linea di principio illimitato. Un simile «diritto al lavoro» può esistere soltanto in un sistema di organizzazioni, iscrizioni, visite ... Per la sua struttura logica e giuridica un simile diritto è in contrasto con i veri diritti fondamentali e di libertà, ed è perciò fuorviante parlare qui indistintamente di «diritti fondamentali». Esempi di questa specie di diritti sono: il diritto al lavoro; il diritto all'assistenza sociale; il diritto all'istruzione gratuita" (p. 227).

²³⁰ Baldassarre 1989b, p. 4.

diritti fondamentali tradizionalmente²³¹ considerati inviolabili²³², determinato dalla pretesa assoluta inconciliabilità tra i principi dello Stato di diritto e quelli dello Stato sociale. I giuristi dell'epoca, infatti, ritengono che, essendo l'eguaglianza il valore sotteso ai diritti sociali, questi vincolano inevitabilmente nel momento della loro realizzazione, oltre che lo Stato, anche i titolari dei diritti di libertà e, pertanto, si pongono in inconciliabile conflitto con i fondamenti dello Stato di diritto. In tale ottica, la eterogeneità sostanziale dei diritti sociali rispetto ai diritti fondamentali indurrebbe a ritenere che si tratti di due categorie distinte. Si tratta, infatti, di diritti concessi dallo Stato e non da questo garantiti, di rango ordinario, diritti di partecipazione democratica, meramente programmatici, nel primo caso e di diritti garantiti dallo Stato, di rango costituzionale, fondati sulla libertà (negativa), baluardo inespugnabile dello Stato di diritto, nel secondo.

Ma tale profonda voragine interposta dalla dottrina del tempo tra le due *species* di diritti viene colmandosi via via che il complesso gioco dell'interazione sociale ne palesa l'inadeguatezza. Dinanzi al progressivo rafforzamento dell'istanza pluralista, sia nel tessuto sociale che in quello giuridico, la contrapposizione mostra i segni del tempo. Sicché si comincia a non ritenere più impossibile l'idea di uno Stato liberale che persegue fini di equità sociale e, d'altro canto, ad auspicare una democrazia pluralista che persegua l'uguaglianza, senza avvilupparsi nelle spire dell'egualitarismo più radicale. Si comprende che alla profonda metamorfosi storico-sociale in atto deve corrispondere un'adequata risposta in termini giuridico-costituzionali, oltre che politici, e a tal fine non vale limitarsi a registrare passivamente l'inconciliabilità tra due sistemi, finendo con l'opporvi all'evoluzione; l'unica via per gestire l'inevitabile passaggio e rintracciare nuove chiavi di lettura della realtà è quella di inforcare degli occhiali nuovi e rileggere e ricategorizzare le nozioni fondamentali relative ai diritti costituzionali²³³. È d'altro canto un grave errore metodologico, spesso ricorrente, purtroppo, in occasione dei mutamenti epocali, quello di utilizzare i medesimi strumenti di analisi, senza interrogarsi circa la perdurante validità delle categorie giuridiche del periodo precedente.

Ed allora, occorre procedere in tale opera di ricategorizzazione avendo ben chiaro il quadro di riferimento: se questo è una democrazia pluralistica, i termini fondamentali che devono essere riconsiderati non possono che essere le condizioni *a priori* della stessa: libertà ed uguaglianza. Per ciò che concerne la libertà, in una società pluriclasse si rende evidente l'inadeguatezza di una concezione della libertà come libertà naturale o negativa, che presuppone una concezione dei

²³¹ Si veda l'art. 16 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, divenuta poi il manifesto del costituzionalismo moderno.

²³² Tale svalutazione dei diritti sociali da parte della dottrina dell'epoca derivava anche dalle difficoltà di inserimento del principio di eguaglianza in uno scenario il cui connotato caratteristico era la valorizzazione del principio di libertà. Si veda Schmitt 1984, p.41 e ss. e p. 212 e ss. in cui afferma la natura meramente "legale" dei diritti sociali, cioè come situazioni giuridiche soggettive configurabili come diritti solo in forza di una legge ordinaria, e, soprattutto, il suo allievo Forsthoff 1973, p. 30 e ss., secondo il quale lo Stato sociale di diritto nacque senza pretese scientifiche ma con intenti polemici e politici verso lo stato di diritto, era una formula in bianco senza contenuto, da cui non potevano trarsi conseguenze giuridiche. Da qui la conclusione (negli scritti ampiamente argomentata) che diritti fondamentali e diritti sociali operassero su piani differenti (costituzionale i primi e amministrativo i secondi) e, comunque, l'attribuzione ai diritti sociali di un carattere meramente programmatico. Tale tesi della programmaticità dei diritti sociali non è condivisa né da Habermas 1992 (il quale - p. 90 - critica tale impostazione basata sulla separazione tra i diritti sociali e i diritti fondamentali e sulla subordinazione dello Stato sociale allo Stato di diritto, ritenendo che il primo non sia altro che l'evoluzione giuridica del secondo) né da Haberle 1993, p. 149 e ss.

²³³ L'espressione è in Baldassarre 1989b, p. 6.

destinatari come individui singolarmente considerati, la cui libertà, patrimonio originario di ogni individuo, l'ordinamento si limita a riconoscere e limitare. Il nuovo concetto di libertà deve riflettere la nuova idea di destinatario dei diritti: non più il singolo, sovrano assoluto del suo spazio vitale, ma una persona, un concetto più complesso che si riferisce sia all'uomo *uti singulus* sia all'*homme situé*²³⁴, all'uomo considerato nelle sue relazioni interpersonali e come relazione sociale²³⁵. E in tale passaggio dall'individuo alla persona, il vero mutamento riguarda l'etica che informa il legame sociale, un'etica autenticamente collettiva che esalta quel "dovere di appartenenza e di solidarietà" da cui l'individualismo moderno aveva affrancato la *società*²³⁶. Deve, pertanto, essere riformulato anche il concetto della dignità umana²³⁷, non più soltanto in relazione al singolo ma anche in relazione alla sua personalità. È evidente, allora, che si deve adottare come valore fondante l'ordinamento, non più la libertà negativa²³⁸ – che impone ai pubblici poteri l'obbligo negativo di astensione da interferenze nella sfera di autonomia garantita all'individuo, ma la libertà positiva e, più in particolare, la *equal liberty*, la libertà uguale, in altre parole, la libertà che implica un atteggiamento fattivo affinché quanto garantito a tutti a livello formale lo sia anche a livello sostanziale. Un atteggiamento che consenta soprattutto quella liberazione dal bisogno e da ogni altra forma di privazione, che costituisce il fondamento di valore dei diritti sociali²³⁹ e che, in una società caratterizzata da una distribuzione della ricchezza e delle risorse assolutamente diversificata, diviene il fine ultimo dell'intero sistema. I pubblici poteri, dunque, non sono più tenuti soltanto ad un mero atto di rispetto formale delle libertà individuali, ma anche ad assicurare con appropriate discipline giuridiche l'uguale possibilità effettiva di esercizio dei diritti riconosciuti²⁴⁰.

Il ripensamento del concetto di libertà e l'accoglimento dell'idea di libertà positiva suggerisce, a questo punto, una nuova dimensione dell'eguaglianza. Il concetto di eguaglianza formale è del tutto inadeguato a fondare uno Stato democratico che guarda all'uomo come *socius* di una *societas* in cui si sviluppa la sua personalità. Occorre reinterpretare il concetto di eguaglianza. Essa deve intendersi in senso sostanziale, cioè come ricerca delle vie per realizzare una efficace ed equa distribuzione del benessere, un'uguaglianza nel punto di arrivo, per usare le parole di Bobbio²⁴¹. Così concepite, libertà ed eguaglianza non sono più in "tensione inconciliabile", ma si può affermare senza tema di smentita una stretta concatenazione tra i concetti di democrazia, eguaglianza e libertà. Come non esiste libertà che non implichi eguaglianza, così non esiste democrazia che non si basi su tali valori fondamentali e i diritti sociali, "derivazione non solo storica, ma logica,

²³⁴ L'espressione, spesso ricorrente in dottrina, è da attribuire a Burdeau 1956, p. 361.

²³⁵ Baldassarre 1989b, p. 6. In Assemblea costituente si sottolineò la necessità del riconoscimento dei diritti sociali in considerazione dell'innata esigenza dell'uomo verso l'aggregazione in formazioni sociali, come testimoniano le parole di Aldo Moro 1947, per il quale la persona umana non è soltanto il singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. Imprescindibile sul punto la lettura di Rossi 1989.

²³⁶ Cantaro 2006, p. 37 e ss.

²³⁷ Sull'ancoraggio dei diritti sociali al principio della dignità umana v. Bifulco 2003, p. 127 e ss.

²³⁸ V. Barberis 2006, p. 81.

²³⁹ Baldassarre 1989b, p. 7; Bobbio 1997a, p. 122.

²⁴⁰ Così Mengoni 1998, p. 8.

²⁴¹ Bobbio 1976, p. 326-330.

del principio di eguaglianza diventano un connotato ineliminabile della democrazia, al pari dei diritti fondamentali nati dal tronco dell'idea di libertà"²⁴². Lo Stato sociale deve tendere, pertanto, al raggiungimento dell'*aequa libertas*, di quella sintesi tra libertà ed eguaglianza, che rappresenta un «sistema totale di libertà condiviso da tutti»²⁴³.

Logico corollario di questa nuova equazione è un nuovo rapporto Stato-società e una nuova forma di Stato. All'epoca dello Stato liberale era lo spontaneismo dei rapporti di mercato – e non i pubblici poteri – a presiedere alla distribuzione di benefici sociali, con le conseguenze già accennate in termini di eguaglianza formale. Le nuove accezioni di eguaglianza e libertà, ora, richiedono il contemperamento della distribuzione delle risorse con fini di equità sociale e, dunque, il raggiungimento dell'*equal liberty*, che possono essere soddisfatte solo assegnando allo Stato il compito di individuare criteri e modalità e di sovrintendervi apportando le correzioni e gli interventi necessari. È necessaria, pertanto, una forma di Stato nuova, al tempo stesso democratica e sociale, vale a dire, una democrazia in cui, per usare le parole di Calamandrei, "la giustizia sociale, piuttosto che come ideale separato ed assoluto, sia concepita come premessa necessaria e come graduale arricchimento della libertà individuale". Nella nuova forma di Stato, in altri termini, devono trovare cittadinanza le due anime dei diritti sociali²⁴⁴, sia quella pluralista, partecipativa, che richiama l'idea del diritto sociale come integrazione²⁴⁵ e si concretizza nei diritti sociali cd. di partecipazione, sia quella personalista, tesa ad assicurare la fruizione di servizi e beni essenziali (quindi, dei diritti sociali cd. di prestazione) a ciascuno dei consociati. E le Costituzioni contemporanee, recependo le istanze appena riferite, inseriscono al loro interno un catalogo più o meno vasto di diritti sociali, atto ad assicurare agli uomini almeno un minimo di sicurezza e giustizia sociale tale da creare quelle perequazioni materiali che sole possono rendere gli uomini liberi ed eguali in dignità e diritti. Insomma, i diritti sociali sono sanciti come "condizione indispensabile a liberare i meno abbienti dalla schiavitù del bisogno e a metterli in condizione di potersi avvalere, anche di fatto, di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come eguali per tutti"²⁴⁶. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di carte costituzionali in cui il riconoscimento dei diritti fondamentali (sia dei diritti di libertà che di quelli sociali) è stato reso indisponibile alle regole della maggioranza di turno attraverso la predisposizione di un testo 'rigido'. La rigidità costituzionale, infatti, si è rivelata l'opzione più consona al superamento della concezione 'monodimensionale' dei valori costituzionali e, dunque, all'affresco di un quadro pluralista di società, in cui gli

²⁴² Luciani 1994, p. 89.

²⁴³ L'espressione è di Rawls, riportata da Mengoni 1998, p. 9.

²⁴⁴ Sulla duplice matrice dei diritti sociali incentra gran parte del suo lavoro, Bifulco 2003.

²⁴⁵ Si può dire che ogni struttura democratica costituisce, dal punto di vista giuridico, una manifestazione di diritto sociale organico, cioè una forma di ordinamento permeabile dal diritto sociale delle comunità soggiacenti. Per Gurvitch, il diritto sociale è il diritto caratteristico delle comunità, che sorge dal fatto stesso dell'unione associativa ed ha per funzione l'integrazione degli individui alla totalità. Il diritto sociale, infatti, è un diritto di integrazione, contrapposto tanto a un diritto di separazione circoscrittiva (cioè fondato sulla separazione e la delimitazione degli interessi dei singoli, n. d. t.) quanto a un diritto di subordinazione o di imperio (il *dominium* e l'*imperium*). Essendo fondato sulla fiducia e sulla partecipazione, il diritto sociale non può mai essere imposto, né dal di fuori né dall'alto; esso non può regolare che dal dentro e dal basso, come qualcosa di immanente. È dunque sempre un diritto autonomo, inerente ad ogni noi particolare, che agisce nel senso dell'autonomia giuridica degli interessati e li sprona a governarsi da sé. Proprio in considerazione di ciò, "i diritti sociali devono essere quei diritti di partecipazione dei gruppi e degli individui che derivano dalla loro integrazione nelle unioni e garantiscono il carattere democratico di queste ultime". Gurvitch 1949, p. 97 e ss.

²⁴⁶ Calamandrei 1968, p. 200.

interessi antagonisti non trovano la loro composizione certa, ma le regole procedurali che devono gestirne il conflitto²⁴⁷. La nuova forma di Stato ma, soprattutto, le nuove concezioni di libertà ed eguaglianza ad esso sottese, d'altro canto, impongono una cornice costituzionale diversa da quella flessibile liberale, espressione di un costante tentativo di negare il conflitto, attraverso una strategia censitaria, *esclusiva* di una parte della cittadinanza dalle strutture di rappresentanza. Le costituzioni rigide del '900, al contrario, sono la rappresentazione più compiuta di una opzione compromissoria, *inclusiva* di tutti gli interessi contrapposti nella nuova architettura giuridico-istituzionale²⁴⁸.

La Costituzione italiana s'impone in tale scenario per il forte valore paradigmatico che essa assume²⁴⁹: pur non contenendo una clausola generale sullo Stato sociale (come l'art. 20 del G.G.), essa è costellata, infatti, di disposizioni che concernono la materia tradizionale dei «diritti sociali» e che sanciscono la definitiva 'consacrazione' sia di quella matrice personalista, già presente nello Stato di diritto liberale, rielaborata nel senso sopra descritto, che dell'istanza pluralista, portato storico dei mutamenti economico-sociali del XIX secolo. Per quanto riguarda il principio personalista, salta subito agli occhi la netta cesura rispetto al passato. In luogo di una costruzione statocentrica, che vede Stato ed individuo in un rapporto sbilanciato di totale soggezione del secondo nei confronti del primo, i costituenti erigono un edificio costituzionale in cui quel rapporto muta radicalmente²⁵⁰. La persona viene collocata, con il suo patrimonio di dignità, alla base della nuova forma di Stato e deve essere quest'ultimo ad assicurare che essa abbia la possibilità di svilupparsi in tutta la sua complessità. L'art. 2 Cost. celebra proprio questo rinnovato concetto di dignità umana, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, non solo in quanto individuo isolato nel proprio spazio vitale, ma anche e soprattutto nella dimensione della sua interazione con la società in cui vive ed opera, e ponendosi, in altre parole, quale concetto unificante le due categorie di diritti²⁵¹. Non si creda, tuttavia, che fosse così scontato un simile passaggio all'epoca della Costituente. Uno sguardo ai lavori preparatori, infatti, rivela tutto il *pathos* della gestazione di una simile formula costituzionale: si trattava di rintracciare principi e valori largamente condivisi intorno ai quali ricostruire un'unità nazionale e ricompattare una collettività alquanto differenziata in termini sociali e politici²⁵². Furono Dossetti e La Pira ad individuare questa base condi-

²⁴⁷ Bin 1992, p. 19; Onida 1984, p. 107.

²⁴⁸ Bin 1992, p.20. Particolarmente convincente l'argomento utilizzato dall'A. a sostegno di tale tesi: "Formule costituzionali come la *divided sovereignty* o il *sozialer Rechtsstaat*, oppure la contrapposizione nella stessa disposizione costituzionale di principi tendenzialmente antagonisti – l'«eguaglianza formale» e l'«eguaglianza sostanziale», la garanzia della proprietà privata e la sua funzionalizzazione all'utilità sociale ecc.." dimostrano la natura fortemente compromissoria delle Costituzioni democratiche novecentesche o, se si vuole, l'incorporazione al loro interno del conflitto, in ogni sua forma, in qualità di elemento strutturante e insuperabile.

²⁴⁹ Sui diritti sociali nella Costituzione italiana, oltre ai classici Mazziotti 1962, p. 802 e ss.; Cicala 1965; Pergolesi 1953, meritano approfondita lettura Corso 1981; Salazar 2000. Basilare, poi, sul tema dei diritti sociali come fondamento dello Stato sociale Giannini 1977.

²⁵⁰ In tal senso v. Bifulco 2003, secondo cui "Il rapporto "coessenziale e costitutivo" che, nel contesto della Carta costituzionale italiana, lega i diritti sociali agli ambiti di vita sociale, è elemento di fondamentale importanza che vale, inoltre, a differenziarli profondamente da altre esperienze di Stato sociale; il nucleo dell'ordinamento costituzionale italiano, infatti, non coincide con lo Stato, bensì con i luoghi e con i legami sociali attraverso cui il singolo individuo diviene persona e si esprime in quanto tale".

²⁵¹ Gambino 2002, p. 125.

²⁵² Insieme al solidarismo, nelle diverse accezioni cristiana e marxista, il cemento unitario più forte che salderà l'intesa costituzionale tra i maggiori partiti sarà rappresentato dall'antifascismo, espresso nella lotta di resistenza e nella volontà di ripristinare la libertà e costruire una democrazia dai forti connotati sociali. Così Barbagallo 1995, p. 114.

visa nella precedenza della persona rispetto allo Stato, aiutati, peraltro, anche dal diffuso sentimento antifascista che accompagnò l'intero *iter* costituente, dal netto rifiuto della vecchia concezione individualistico borghese e dal sostegno democristiano e delle sinistre, che vedevano in tale soluzione la *condicio sine qua non* per il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali. Su questo terreno dei principi fondamentali, del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e della consacrazione dell'istanza democratico-partecipativa nel ruolo centrale riconosciuto ai partiti nella democrazia repubblicana si registrava una sostanziale convergenza tra i rappresentanti più autorevoli dei partiti di massa. Si trattava di individuare la formula attraverso la quale garantire tali principi e su questo punto l'intesa tardò ad arrivare. A fronte di coloro che intendevano la Costituzione come un momento normativo di organizzazione politica della società, fondativo di una nuova forma di Stato allargato in senso democratico e sociale, comprensivo, pertanto, sia di norme precettive che di norme meramente programmatiche, vi era chi rimaneva legato, pur nella convinzione della necessità della metamorfosi *in fieri*, ad una concezione più formale della norma. In altri termini, accanto a quanti propugnavano l'inserimento nella Carta costituzionale delle norme a carattere programmatico e dei diritti sociali, vi era chi ne sosteneva la collocazione in un Preambolo. L'esito di quel dibattito è noto e, probabilmente, anche dovuto, essendo i diritti sociali consustanziali ad un modello di Stato fondato sui principi della dignità umana, dell'eguaglianza anche sostanziale e della libertà, il loro inserimento nel corpo della Costituzione significava mettere al riparo dalla legge e dalle sue contingenze sia il modello di Stato prescelto sia gli stessi diritti, rendendoli di fatto una dotazione giuridica dei loro titolari²⁵³.

Insomma, la scelta di costituzionalizzare i diritti sociali connota in modo inequivocabile il modello italiano e ne restituisce un affresco del tutto inedito. Uno Stato 'sociale' di diritto²⁵⁴ che, preso atto della fallacia delle teorie liberali sugli effetti ordinanti delle leggi del mercato sulle dinamiche sociali, tende a riappropriarsi della sua funzione di guida dell'economia, intervenendo a perequare quegli squilibri e scompensi generati dall'idea liberale dell' "autoregolazione spontanea e socialmente benefica del mercato"²⁵⁵. Uno Stato che ha il suo fulcro nel principio di eguaglianza, nello spirito di solidarietà sociale e nel nuovo valore della persona e che, coerentemente, si dota di un catalogo ampio e sistematico di diritti sociali, in quanto "condizioni costitutive ed indefettibili" di quei principi e valori²⁵⁶. I diritti sociali vengono, infatti, concepiti – e formalizzati dal Costituente Italiano – come diritti assoluti, primigeni al pari dei diritti di libertà, in quanto diritti necessariamente finalizzati allo sviluppo (fisico e spirituale) della persona umana. E se, com'è stato ampiamente argomentato, l'inviolabilità e, dunque, la consacrazione al rango di diritti fondamentali vengono attribuite dalla Costituzione solo a quei diritti espressione di "valori preesistenti e da

²⁵³ Zagrebelsky 1992, p. 63. Il compromesso tra le varie istanze affermava "il trionfo di quella 'terza via' che la tradizione solidaristica raccomandava fin dalle sue origini, per uscire dalle cattive alternative del liberalismo individualistico e del socialismo dispotico, quella terza via che salva la proprietà ma ne reclama la funzione sociale; che vuole il mercato, ma ne raccomanda il controllo pubblico; che valorizza la libertà 'dallo' Stato, ma vuole quest'ultimo al centro di una crescente e impegnativa erogazione di 'servizi'. È la 'terza via' che Naumann presentava con grande enfasi a Weimar e che i costituenti italiani, nella loro maggioranza continueranno a preferire". Cfr. Costa 1997.

²⁵⁴ Circa la nozione di Stato sociale, la letteratura è particolarmente poliedrica; ai fini che qui interessano v. Giannini 1977; Ritter 1996; Conti F.-Silei G. 2005; Colapietro 1996.

²⁵⁵ Zagrebelsky 1992, p. 132 e ss.

²⁵⁶ Così Gambino 2002, p. 124.

tempo rilevanti presso la generalità di consociati”, allora la coesistenzialità dei diritti sociali allo sviluppo della persona umana – il primo dei fondamenti assiologici della Costituzione – implica necessariamente che venga loro conferito il crisma dell’inviolabilità e che pertanto la tutela a loro accordata sia quella dei diritti costituzionali e non quella dei diritti meramente “legali”²⁵⁷. È altresì evidente che non si può parlare di minorità dei diritti sociali ma di diversità rispetto agli altri diritti fondamentali²⁵⁸, nell’ambito di un’assoluta equiordinazione sotto un profilo assiologico, data la equiordinazione dei principi ad essi sottesi²⁵⁹.

Nonostante il ribaltamento prospettico effettuato alla luce del nuovo angolo visuale proposto da Weimar, non possono essere taciuti i limiti/lacune che identificano nella Costituzione italiana, in particolare, una rivoluzione promessa²⁶⁰. Anche per la Costituzione repubblicana può valere, infatti, la riflessione di chi ha individuato il tallone d’Achille delle Costituzioni continentali europee nell’inadeguatezza della strumentazione giuridica posta a tutela dei diritti in esse contenuti²⁶¹. Si tratta di un punto cruciale che richiederebbe autonoma trattazione, ma che, in tale sede, preme toccare, seppur brevemente, per confutare che si tratti di un elemento da cui è possibile dedurre la minorità dei diritti sociali.

Il problema, com’è evidente, si lega a doppio filo con quello della programmaticità-precettività delle disposizioni costituzionali in materia su cui il dibattito è tuttora vivace, alimentato ad intervalli irregolari dagli interventi della Corte costituzionale²⁶², i quali, peraltro, hanno risentito molto del segno dei tempi²⁶³. In effetti, si è spesso fatto leva sulla presunta programmaticità delle disposizioni costituzionali in materia di diritti sociali per giustificare l’inerzia del legislatore, ma ci si deve chiedere quanto invece non sia stato l’atteggiamento omissivo di quest’ultimo a rendere di fatto non precettive quelle norme. In effetti, se è vero che tutte le norme costituzionali sono precettive e che la carta del ’48 rientra tra le costituzioni “programma”, che non si limitano “a registrare le istanze e/o le conquiste sociali richieste/conseguite, ma mirano invece ad orientare i consociati, anche attraverso norme di principio ottative e teleologiche, verso un innovativo progetto comune di società futura”²⁶⁴, allora il problema della programmaticità va affrontato su un

²⁵⁷ Sul punto V. Mazziotti 1962, p. 806; Luciani 1994, p. 79 e ss.; Modugno 1995, p. 66; Baldassarre 1989b, *passim*. Sulla natura di diritti “legali” dei diritti sociali v. Schmitt 1984, p. 212.

²⁵⁸ Luciani 1994, p. 93.

²⁵⁹ Sul punto v. *infra*.

²⁶⁰ L’efficace immagine dello scambio di una rivoluzione promessa per una rivoluzione mancata - “Per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione promessa” - è di Calamandrei 1955, p. 211.

²⁶¹ Sul tema v. Carlassare 1988 e spec., in riferimento all’appunto dell’inglese Dicey nei confronti della scarsa effettività del panorama costituzionale continentale, p. 1; Cavallaro 2000, p. 27 e ss.

²⁶² Sul punto v. Bongiovanni 1997, p. 341 e ss.; nonché l’originale e minuziosa analisi di Andreoni 2006. L’andamento sinusoidale delle pronunce della Corte mette in risalto uno dei punti critici del modello italiano, evidenziato già da Calamandrei in seno alla Costituente, e cioè lo spostamento della questione dell’equilibrio tra risorse finanziarie e perseguimento degli obiettivi sociali e, in fin dei conti, la realizzazione stessa dello Stato sociale, dal piano della valutazione politica a quello della interpretazione costituzionale, trasferendo, in tal modo, la competenza dal potere legislativo a quello giudiziario e, dunque, assegnando a quest’ultimo margini di discrezionalità scomodi e pericolosi. Sul punto v. Mengoni 1998, p. 5.

²⁶³ Come nota Cavallaro 2000, p. 31, la quale evidenzia il legame direttamente proporzionale tra le sentenze più “invasive” e meno prudenti della Consulta e i periodi di crisi o debolezza istituzionale.

²⁶⁴ Spadaro 2007; nello stesso senso, v. Zagrebelsky 1992, p. 9.

piano differente. Se inizialmente l'asserita programmaticità dei diritti sociali era il comprensibile retaggio di una concezione liberale fondata sulla contrapposizione tra diritti di libertà e diritti sociali²⁶⁵ e, dunque, sull'ancillarità di questi ultimi, con la loro consacrazione costituzionale cambiano i termini del discorso. In uno scenario come quello appena delineato, polarizzato sul trionfo *istanza pluralistica – principio di solidarietà sociale – eguaglianza sostanziale* e sulla conseguente equiordinazione assiologica tra diritti di libertà e diritti sociali, è evidente che per invocare la programmaticità della norma occorre spostarsi su un piano differente, non quello ontologico della natura giuridica di quei diritti ma su quello formale della loro struttura. In altri termini, la dicotomia enunciazione-giustiziabilità nonché il tema dell'effettività dei diritti sociali albergano ad un livello distinto da quello della natura giuridica di tali diritti²⁶⁶, cosicché ogni approccio metodologicamente corretto al tema delle tutele e, in ultima analisi, dell'effettività dei diritti sociali dovrà svolgersi esclusivamente sul piano della struttura degli stessi, avendo presente la loro articolazione in diritti condizionati e diritti incondizionati²⁶⁷.

In tal modo ogni intento classificatorio²⁶⁸ ed ogni tentazione riduzionistica dovranno essere ricondotti entro i confini della pari dignità tra norme costituzionali, salvo poi ad individuare di ciascuna di esse il carattere di precettività/azionabilità o di programmaticità²⁶⁹.

3. I diritti sociali: mera espressione semantica descrittiva o categoria ontologica di diritti?

A questo punto, si può tentare di dare risposta all'interrogativo se con il termine diritti sociali si indichi null'altro che una *species* del *genus* dei diritti fondamentali ovvero se essi hanno una loro autonoma dignità. Una volta identificati i tratti distintivi di entrambi, infatti, il raffronto, allo scopo di valutare se le differenze esistenti tra i due generi di diritti considerati siano strutturali e, dunque, tali da farne due categorie distinte, risulta più agevole.

Va subito ribadito che anche tale terreno è impervio e scivoloso. La dottrina, nel corso del tempo, ha avuto non pochi tentennamenti ed ha spesso preferito procedere in un senso diverso da quello qui prescelto, vale a dire analizzando il rapporto tra le differenti generazioni dei diritti sotto un profilo eminentemente gerarchico. Essa, infatti, ha optato per una ricostruzione del suddetto rapporto ora in termini di incompatibilità assoluta - ritenendo, pertanto, i diritti sociali meri elementi accessori in un regime democratico -, ora di incompatibilità relativa (collocando i diritti sociali in una posizione di netta minorità gerarchica rispetto ai diritti fondamentali) oppure di compatibilità

²⁶⁵ Tesa fondamentalmente a salvaguardare lo Stato liberale di diritto, autoritario e fondato sull'eguaglianza formale. Così Principato 2001, p. 885. Si tratta dell'elaborazione di autorevole dottrina giuspubblicistica tedesca a proposito della Costituzione di Weimar – Fohrstoff in testa – dovendo salvaguardare l'incompatibilità tra libertà ed eguaglianza a livello costituzionale.

²⁶⁶ Condivisibili, pertanto, gli avvertimenti di Baldassarre 1989b, p. 30, di tenere ben distinti, a pena di commettere una grave scorrettezza logica, i due piani della fattibilità e della natura ontologica dei diritti sociali.

²⁶⁷ È la distinzione effettuata da Baldassarre 1989b, p. 30-31.

²⁶⁸ Sui rischi di operazioni classificatorie in materia di diritti e valori mette in guardia l'interessante saggio di Bin 2000, p. 3.

²⁶⁹ Per Pace 2003, p. 61 e ss., occorre distinguere caso da caso, poiché ci sono dei diritti a prestazione positiva che sono immediatamente azionabili senza alcuna *interpositio legislatoris* e altri che non lo sono; sulla rilevanza del caso concreto nel bilanciamento dei valori anche Bin 1992, p. 104. Anche Bifulco 2003, p. 157 stempera il "falso dilemma" tra programmaticità e precettività, ritenendo che occorra invece valutare i differenti gradi di attuazione dei diritti sociali.

tra diritti equiordinati sul piano costituzionale²⁷⁰. Prima ancora di valutarne la relazione gerarchica, tuttavia, sembra imprescindibile comprendere se un simile raffronto può essere esperito, se in altri termini si ragiona su grandezze omogenee e per farlo è necessario spostare l'analisi sul piano ontologico-strutturale.

Come si è argomentato precedentemente, i diritti fondamentali costituiscono il nucleo di contenuti indisponibili della democrazia²⁷¹ ed è questo un carattere identificativo dei diritti fondamentali che, tuttavia, potrebbe essere riferito agevolmente anche ai diritti sociali. Si è appena vista, infatti, la consustanzialità dei diritti sociali all'affermazione della democrazia. Il costituzionalismo del XX secolo, infatti, non si contraddistingue soltanto per la definitiva positivizzazione dei diritti fondamentali, ma un connotato altrettanto qualificante è l'introduzione nelle Carte costituzionali di un ampio e dettagliato catalogo di diritti sociali²⁷², che, come si è visto, caratterizzano la forma di Stato (democratico-pluralistico-sociale) al pari dei diritti fondamentali di libertà. D'altro canto, una democrazia che non persegua il raggiungimento di un'eguaglianza sostanziale sarebbe un ossimoro, poiché finirebbe col contraddire proprio quella concatenazione democrazia-suffragio universale-eguaglianza, quel patrimonio storico-politico che ha indotto la metamorfosi costituzionale del secolo appena passato. Se si considera, poi, che sia i diritti fondamentali (nelle vesti di diritti inviolabili nella nostra Costituzione), sia i diritti della seconda generazione trovano la loro ancora, il loro fondamento assiologico (oltre che nell'idea di eguaglianza) nel rinnovato concetto di persona e, più in particolare, "in quel nucleo essenziale di valore intrinseco all'uomo, che è la sua dignità"²⁷³, è evidente che non si possa porre il problema in termini di minorità, ma occorra verificare se ed in che cosa i due generi di diritti, partendo da coordinate assiologiche eguali, si differenziano.

Essendo arduo tracciare una netta linea di demarcazione tra diritti fondamentali di libertà e diritti sociali, sia sotto un profilo assiologico sia da un punto di vista logico, la dottrina ha cercato di fondare la loro radicale diversità (e l'inferiorità dei diritti sociali) spostando il discorso sulla struttura dei diritti²⁷⁴. In particolare, è sulla struttura deontica di tali diritti che hanno fatto leva quanti hanno sostenuto la signoria concettuale dei diritti fondamentali sui diritti di seconda generazione. Mentre i diritti inviolabili, si è detto, esprimono l'idea della libertà *da* e, dunque, consisterebbero in pretese *contro* il potere, i diritti sociali sono costruiti intorno a quella della libertà *di*, che li

²⁷⁰ *Amplius v. Salazar 2000*, p. 1 e ss.

²⁷¹ Secondo Baldassarre 1989, p. 23, essi sono condizioni a priori della stessa idea di democrazia, a differenza dei diritti sociali.

²⁷² Alcune di esse contengono una clausola generale sullo Stato sociale (Germania), altre collocano i diritti sociali nel preambolo, altre, come quella italiana, ne prevedono un consistente catalogo.

²⁷³ Così Bifulco 2003, p. 128, per la quale, il costituente italiano ha inteso accordare riconoscimento e garanzia positiva alla struttura assiologica che informa la persona umana attraverso la formalizzazione di una serie di situazioni giuridiche, tra cui, appunto, i diritti sociali (p. 4).

²⁷⁴ Sul punto, oltre la riflessione svolta nel precedente paragrafo, v. anche l'interessante *excursus* contenuto in Cantaro 2006, p. 146 e ss. e spec. p. 150, dal quale emerge chiaramente che già la dottrina primo-ottocentesca rimarcava la radicale diversità strutturale tra diritti civili e diritti sociali e la conseguente natura "morale" dei diritti sociali.

configura come pretese verso il potere²⁷⁵, vere e proprie aspettative positive²⁷⁶ ad un *facere*, ad una prestazione da parte dei pubblici poteri. Una simile ricostruzione teorica, tuttavia, sembra liquidare un po' troppo frettolosamente il problema, soprattutto ove si consideri che difficilmente gli stessi diritti inviolabili non richiedono una prestazione, seppure normativa²⁷⁷, da parte dei pubblici poteri e che, viceversa, esistono diritti sociali il cui godimento è indipendente dall'intervento di altri²⁷⁸.

In stretta correlazione con il parametro strutturale è stato individuato uno dei criteri prevalentemente utilizzati e, a dir il vero, maggiormente convincenti nel sostegno alla tesi della minorità, consistente nella dipendenza del godimento dei diritti sociali dal verificarsi di determinate situazioni di fatto. Se è vero, infatti, come appena detto, che anche i diritti fondamentali richiedono per la loro effettività una normazione che li renda capaci di essere azionati, per ciò che riguarda i diritti sociali, oltre a tale prestazione di carattere normativo, è necessaria l'esistenza o la predisposizione di strutture e risorse²⁷⁹ che li rendano fruibili dalla collettività di destinazione. Per la gran parte dei diritti sociali, cioè, è necessaria l'*interpositio legislatoris* o, comunque, un'organizzazione che eroghi la prestazione, in mancanza della quale quei diritti rischiano di rimanere mere proclamazioni di principio, diritti di carta²⁸⁰. Nonostante tale rischio sulla carta possa verificarsi anche per i diritti fondamentali, l'inclusione di questi ultimi nelle costituzioni contemporanee tra i diritti inviolabili in combinato con la loro stessa struttura li mette al riparo da vuoti di effettività, rendendoli secondo alcuni *self-executing*²⁸¹.

²⁷⁵ Per comprendere meglio l'origine di tale passaggio risulta senz'altro utile la lettura di Bobbio 1997, p. 73, il quale riconduce le scaturigini dei diritti sociali all'esigenza di protezione avanzata verso il potere nei confronti di situazioni non adeguatamente tutelate dalle altre istituzioni sociali, quali famiglia e chiesa.

²⁷⁶ Secondo la più volte evocata ricostruzione di Ferrajoli 2002, che in questo li accomuna ai diritti di libertà, essendo questi aspettative negative alla non interferenza da parte dello Stato nella sfera dell'autodeterminazione riservata al privato. Sul punto, v. anche Corso 1981, p. 757, che li individua come diritti "ad una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri in funzione della partecipazione ai benefici della vita associata o della *freedom of want*".

²⁷⁷ Ci si riferisce alla necessità di una legislazione penale che consenta di configurare la violazione di un diritto inviolabile come reato.

²⁷⁸ Autorevole dottrina ha rigettato tale criterio ordinatore sulla base della constatazione che di volta in volta tutti i diritti fondamentali (ivi compresi quelli sociali) possono essere considerati diritti di difesa, diritti di percepire un utile sociale, diritti di partecipazione e/o diritti a prestazione. Cfr. Luciani 1994, p. 96 e Salazar 2000, p. 15. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la soluzione proposta da chi - Modugno 1995, p. 71 e Baldassarre 1989b, p. 30 e ss. - individua nell'alveo dei diritti sociali quelli derivati o condizionati e quelli originari o incondizionati, pur in armonia con il principio della pari dignità dei diritti sociali rispetto a quelli inviolabili, allontana l'analisi dal rischio del "caso per caso". Si tratta di diritti per la cui attuazione la discrezionalità legislativa è limitata al *quomodo* e al *quando*, non anche all'*an* e al *quid*. È innegabile, infatti, che per l'azionabilità di alcuni tra i diritti sanciti nella Carta del 1948 sia imprescindibile un comportamento attivo da parte dello Stato o, meglio, sia necessaria un'organizzazione che eroghi la prestazione.

²⁷⁹ Nonostante la scarsa propensione dei giuristi e dei giuslavoristi, in particolare, a coniugare garanzia dei diritti e costo dei diritti, non può tacersi l'inevitabile connessione, avvertita, tra gli altri, anche da Cartabia 1995, p. 58 e ss.; Bin 2000, p. 21, ritiene, riprendendo le tesi di Holmes S. - Sunstein C.R. 2000, che non siano solo i diritti ma anche le libertà ad essere costosi, nel senso che tutti hanno necessità di un'organizzazione pubblica.

²⁸⁰ Espressione di Guastini 1994, p.170.

²⁸¹ Trujillo Pérez 2000, p.55; Baldassarre 1989b p. 30, il quale, facendo riferimento ai diritti sociali previsti nella Costituzione italiana, distingue accanto ai diritti sociali consistenti in una pretesa giuridica rivolta a soggetti terzi (pubblici o privati) un altro gruppo di diritti sociali il cui godimento, una volta garantiti, dipende dalla condotta del titolare e che, pertanto, sono in sé autoapplicabili alla stregua dei diritti di libertà, tanto da essere definiti diritti sociali di libertà (libertà di insegnamento, libertà di emigrazione, libertà di matrimonio e il diritto di procreazione, la libertà sindacale e il diritto di sciopero, ecc..).

E destino migliore, tra gli argomenti a favore di una inferiorità dei diritti sociali, non sembra avere quello fondato sul carattere non universale di tali diritti. Si è detto che una caratteristica da più parti ascritta ai diritti fondamentali (e, a dir il vero, auspicabile) è l'universalità della loro imputazione²⁸². Ora, è possibile riferire tale caratteristica anche ai diritti sociali? Se per universalità si intende, *ut supra*, la condizione originaria di un diritto, che lo rende valido *erga omnes* (sia dal punto di vista della titolarità dei diritti che in riferimento ai destinatari dei corrispondenti doveri), allora è evidente che non si possa parlare di diritti sociali universali. La loro stessa genesi li vuole diritti di cittadini ineguali, miranti al raggiungimento della *aequa libertas*, previsti in funzione di eguaglianza o di "uguagliamento"²⁸³. E per quanto riguarda i destinatari dei doveri corrispondenti a tali diritti, è possibile individuarli, di volta in volta, nello Stato-legislatore, nello Stato-amministratore, nei soggetti privati e, nel caso dei diritti cd. *double face*²⁸⁴, negli uni e negli altri²⁸⁵. Ove invece, parlando di universalità si guardi all'esito del processo di progressivo ampliamento dei soggetti titolari dei diritti sociali, allora si potrebbe agevolmente affermare che i diritti sociali sono diritti di tutti o, comunque, universalizzabili²⁸⁶. Insomma, pur ampiamente argomentate, le costruzioni teoriche miranti a collocare i diritti sociali su un piano di inferiorità logica ed assiologica, oltre che storica, rispetto ai diritti fondamentali, non convincono. Il confronto effettuato, tuttavia, mette in luce un dato estremamente rilevante ai fini che qui interessano e cioè che i caratteri individuati per una e per l'altra ne fanno due categorie concettualmente autonome, sebbene collegate tra loro da un nesso di reciprocità funzionale.

In realtà, per avere ben chiaro l'esito dell'indagine effettuata, si deve tenere ben presente quella difficoltà semantica, prima che concettuale, che spesso porta ad utilizzare in maniera disinvoltata e a volte promiscua termini differenti per esprimere il medesimo concetto e che ha accompagnato il percorso di positivizzazione dei diritti fondamentali²⁸⁷. Il confronto effettuato dalla dottrina, infatti, ha spesso avuto come oggetto indifferentemente diritti di libertà, diritti fondamentali e diritti inviolabili. Allora, una puntualizzazione risulta imprescindibile. Come si è visto, con l'espressione di diritti fondamentali si è voluto intendere, almeno in una prospettiva storica, l'esito di un

²⁸² V. *supra*.

²⁸³ Così Corso 1981, pp. 759 e 781.

²⁸⁴ L'espressione è di Corso 1981, p. 768, con cui l'A. intende riferirsi a quelle libertà civili (diritto alla salute, tutela dell'ambiente, diritto alla casa, libertà sindacale e diritto di sciopero) tutelate dalla Costituzione sia da restrizioni ed ingerenze da parte dei pubblici poteri, che da minacce perpetrate da poteri privati.

²⁸⁵ Sul punto v. Diciotti 2004, p. 744, il quale, dopo aver sconfessato la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali sotto il profilo della struttura, respinge altresì una differenziazione fondata sull'estensione della titolarità di tali diritti.

²⁸⁶ Sembra, infatti, condivisibile l'analisi fatta da Corso, il quale rileva come alcuni dei diritti sociali, in particolare, quelli maggiormente caratterizzanti lo Stato sociale, siano progressivamente stati ampliati nel loro ambito di applicazione (anche se con un imprevisto "effetto sociale regressivo", data la loro estensione anche a categorie economicamente e politicamente più forti). E ciò anche prescindendo dal criterio di appartenenza della cittadinanza. Come rilevato da Allegretti 1997, p. 187 ss., a questa "si connettono essenzialmente i diritti tradizionalmente definiti "politici", ovvero quelli legati allo *status activae civitatis* (secondo la classificazione di Jellinek), che presuppongono una collettività organizzata alle cui decisioni il singolo ha facoltà di partecipare, ossia l'esistenza di un *demos* inteso in senso pieno: né i diritti civili, né quelli sociali in senso lato (almeno se concepiti come espressione di un generico diritto ad ottenere il minimo indispensabile per la sussistenza individuale) sono però necessariamente da riferire ai soli cittadini del singolo Stato-nazione, ben potendo, almeno in teoria, essere estesi a "tutti coloro che" si trovino, anche temporaneamente, sul suo territorio. Il principio di universalità prevale su quello di appartenenza". Di contrario avviso Pecese-Barba 2000, p. 49, per il quale i diritti sociali spettano solo alle persone che hanno bisogno di essere protette.

²⁸⁷ V. *supra*.

progressivo ed inesorabile processo che ha portato ad innalzare i diritti classici di libertà al rango di diritti fondamentali, in quanto espressione di valori superiori e fondanti dell'ordinamento. Pertanto, resta da comprendere se tra i diritti fondamentali, oltre ai classici diritti di libertà trovino cittadinanza anche i diritti sociali. Sulla base di quanto riferito finora, se la dicotomia diritti di libertà – diritti sociali aveva la sua ragion d'essere nella contrapposizione tra libertà ed eguaglianza, caratterizzante lo Stato di diritto liberal-borghese, il passaggio allo Stato sociale di diritto²⁸⁸ e l'eliminazione di quella tensione tra principi²⁸⁹, conseguente all'elevazione del principio di eguaglianza a presupposto cardine dello stesso, prospettano tra le due categorie di diritti un rapporto di integrazione strumentale che li lega inseparabilmente in una concezione fondata sull'equità sociale. Pur partendo da un fondamento assiologico comune, la tutela della persona umana, e pur avendo dei punti di contatto di non poco momento, infatti, le due categorie non coincidono, costituendo due pilastri indipendenti degli edifici democratici contemporanei. Ricorrendo ad una metafora geometrica, si può affermare che diritti fondamentali e diritti sociali non sono dei cerchi concentrici che si inscrivono l'uno dell'altro, ma semmai due cerchi tangenti, la cui area di sovrapposizione è costituita dai cd. diritti sociali fondamentali, intendendo con ciò quella parte dei diritti sociali che trova il suo fondamento giuridico in una norma superiore e, pertanto, indisponibile alla regola della maggioranza. Ed è proprio quest'area di sovrapposizione che identifica il d.n.a. delle costituzioni europee del secondo dopoguerra e quella italiana in particolare.

4. Riferimenti bibliografici

AA. VV. (1995), *I Diritti Fondamentali oggi*, Padova, Cedam

Allegretti U. (1997), *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, Il Mulino, p. 129 ss.

Allegretti U. (2002), *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta

Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli

Arendt H. (1983), *Sulla rivoluzione*, Milano, Edizioni di Comunità

Arendt H. (1996), *Le origini del totalitarismo*, Milano, Edizioni di comunità

Arrigo G.-Vardaro G. (1982), *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania pre-nazista*, Roma, Edizioni lavoro

Atripaldi V. (1996), *Il pluralismo come innovazione: società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, Torino, Giappichelli

Baccelli L. (2000), *Lavoro* in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza

²⁸⁸ Con tutte le conseguenze che tale svolta in senso radical-democratico importa sulla stessa concezione dello Stato, vale a dire, il mutamento degli stessi principi cardine dello stato di diritto ottocentesco: principio di legalità, divisione dei poteri, ruolo della magistratura. Per un'ampia analisi di tali mutamenti, v. Baldassarre 1989b, p. 7 e ss.; Principato 2001, p. 873 e ss.

²⁸⁹ Su tale punto vi è copiosa letteratura: oltre ai pluricitati Baldassarre e Luciani, v. Barile 1984, p. 14; Giannini 1977, p. 205 e ss.; Paladin 1995.

- Baccelli L. (2002), *Diritti senza fondamento* in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Baldassarre A. (1989), *Diritti inviolabili* (voce), Enc. Giur., vol. XI, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1989a), *Diritti pubblici soggettivi* (voce), Enc. Giur., vol. XI Roma, 1989, Treccani
- Baldassarre A. (1989b), *Diritti sociali* (voce), Enc. giur., vol. XI, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1990), *Libertà, 1) Problemi Generali* (voce), in Enc. Giur., vol. XIX, Roma, Treccani
- Baldassarre A. (1991), *Costituzione e teoria dei valori*, Pol. dir., 4, p. 641 ss.
- Baldassarre A. (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza
- Barbagallo F. (1995), *La formazione dell'Italia democratica* in Id., *Storia dell'Italia repubblicana*, I Torino, Einaudi
- Barbera A. (1975), *Commento all'art. 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, p. 70 ss.
- Barbera A. (2000), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza
- Barberis M. (2006), *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, Mater. st. cult. giur., 1, p. 77
- Barile P. (1958), *I poteri del presidente della Repubblica*, Riv. trim. dir. pubbl., 2, p. 332
- Barile P. (1980), *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei*, in De Siervo U., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino
- Barile P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino
- Bifulco D. (2003), *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene
- Bin R. (1992), *Diritti ed argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè
- Bin R. (2000), *Diritti e fraintendimenti*, Rag. prat., p. 3
- Bin R. (2007), *Che cos'è la Costituzione?*, Quad. cost., 1, p. 16 ss.
- Bobbio N. (1976), *Eguaglianza ed egualitarismo*, Riv. int. fil. dir., p. 326-330
- Bobbio N. (1997), *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. (1997a), *Sui diritti sociali* in Neppi Modona G. (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. (a cura di) (1988), *Hobbes T. - Opere politiche*, Torino, Utet
- Bongiovanni G. (1997), *Dalla dottrina della costituzione alla teoria dei valori: la ricerca di un difficile equilibrio*, Dem. Dir., 1, p. 75 e ss.
- Bongiovanni G. (1997), *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale*, in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, p. 341 ss.

- Bongiovanni G. (2000), *Diritti inviolabili e libertà*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 67 e ss.
- Bongiovanni G.- Gozzi G. (2000), *Democrazia*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 231 ss.
- Bovero M. (2002), *Diritti e democrazia costituzionale*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Bronzini G. (2003), *I diritti del popolo mondo*, Roma, Manifestolibri
- Bucci G.- Patruno L. (2005), *Riflessioni sul cd. Modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei Capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia* in www.costituzionalismo.it
- Burdeau G. (1956), *Traité de science politique*, VI, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Calamandrei P. (1955), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza
- Calamandrei P. (1968), *L'avvenire dei diritti di libertà* in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, Morano
- Cantaro A. (2006), *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, Ediesse
- Caretti P. (2002), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli
- Carlassare L. (a cura di) (1988), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam
- Cartabia M. (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè
- Cavallaro M.C. (2000), *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Rag. Pratica, 14, p. 27 ss.
- Cerri A. (2005), *Uguaglianza* (voce), Enc. Giur., vol. XXXII, Roma, Treccani
- Cicala G. (1965), *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, Jovene
- Colapietro C. (1996), *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam
- Conti F.-Silei G. (2005), *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci
- Corso G. (1981), *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, Riv. trim. dir. pubbl., p. 755 ss.
- Costa P. (1997), *Alle origini dei diritti sociali "Arbeitender staat" e tradizione solidaristica* in Gozzi G. (a cura di), *Democrazia, diritti e costituzione*, Bologna, Il Mulino
- Costa P. (2001), *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza
- Dicey A.V. (1962), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)*, London, Macmillan
- Diciotti E. (2004), *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, Quad. cost., 4, p. 733 ss.

- Faralli C. (2000), *Stato*, in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, p. 186 ss.
- Ferrajoli L. (2002), *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Ferrera M. (2004), *Ricalibrare il modello sociale europeo. Accelerare le forme, migliorare il coordinamento*, WP n. 7/2004 in www.urge.it
- Fioravanti M. (1993), *Stato e costituzione. Materiali per la storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli
- Fioravanti M. (1995), *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli
- Forsthoff E. (1973), *Stato di diritto in trasformazione* (a cura di Amirante C.), Milano, Giuffrè
- Gambino S. (2002), *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, Dir. pubbl. comp. eur., I, p. 110
- Gambino S., *Potere politico e riforme istituzionali in prospettiva comparata* - Intervento al Convegno triennale "Potere politico e globalizzazione", organizzato dal Dipartimento di Sociologia e di Scienza politica e dall'Associazione Italiana di Sociologia (Università della Calabria, 26/27 settembre 2002) in http://www.astrid-online.it/Dossier--r/Studi--ric/Archivio-21/GAMBINO_Potere-pol-e-Riforme-ist-20.pdf
- Giannini M.S. (1977), *Stato sociale: una nozione inutile*, Il politico, p. 205 e ss.
- Giorgis A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene
- Guastini R. (1994), *Diritti* in Comanducci P.-Guastini R., *Analisi e diritto 1994*, Torino, Giappichelli
- Guastini R. (2002), *Tre problemi di definizione*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Gurvitch G. (1949), *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, Edizioni di comunità
- Haberle P. (1993), *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (a cura di Ridola P.), Roma, Nis
- Habermas J. (1992), *Morale, diritto, politica*, Torino, Einaudi
- Habermas J. (1998), *L'inclusione dell'altro* (trad. it. di Ceppa L.), Milano, Feltrinelli
- Habermas J. (2002), *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli
- Heller H. (1988), *Dottrina dello Stato* (a cura di U. Pomarici), Napoli, ESI
- Hepple B. (2002), *Social and labour rights in a global context – International and comparative perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press
- Hobsbawm E.J. (1995), *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, Rizzoli
- Holmes S. – Sunstein C.R. (2000), *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino
- Jellinek G. (1912), *Sistema dei diritti pubblici soggettivi (1892)*, Milano, Società Editrice Libreria

- Kahn-Freund O. (1975), *Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, Riv. trim. dir. proc. civ.
- Kelsen H. (1967), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi
- Lanchester F. (1985), *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè
- Lombardi G. (1999), *Diritti di libertà e diritti sociali*, Pol. dir., 1
- Luciani M. (1994), *Sui diritti sociali*, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli
- Luciani M. (1996), *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, Riv. dir. cost., p. 124 e ss.
- Luhmann N. (2002), *I diritti fondamentali come istituzioni (1965-1999)*, Bari, Dedalo
- Marramao G. (1979), *Il politico e le trasformazioni*, Bari, De Donato
- Marshall T.H. (1976), *Cittadinanza e classe sociale* (1963), Torino, Utet
- Mazziotti M. (1962), *Diritti sociali*, Enc. dir., XII, Milano, Giuffrè
- Mengoni L. (1998), *I diritti sociali*, Arg. dir. lav., p. 1 ss.
- Modugno F. (1995), *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli
- Modugno F. (1995a), *Relazione in AA. VV., I Diritti Fondamentali oggi*, Padova, Cedam
- Moro A. (1947), *Intervento* (seduta 23.4.1947), Atti dell'Assemblea Costituente in <http://legislature.camera.it/index.asp>
- Mortati C. (1946), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni
- Mortati C. (1975), Art. 1 in Branca G. (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, p. 1 ss.
- Oestreich G. (2001), *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza
- Onida V. (1984), *Le Costituzioni. I principi fondamentali della costituzione italiana*, in Amato G.-Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino
- Pace A. (2000), *L'instaurazione di una nuova costituzione – Profili di teoria costituzionale in AA.VV., La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra – Atti convegno A.I.C. 1996*, Padova, Cedam
- Pace A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali*, III ed., Padova, Cedam
- Paladin L. (1995), *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam
- Palombella G. (1999), *Diritti fondamentali: argomenti per una teoria*, in <http://www.swif.uniba.it/lei/filpol/glp.htm>
- Palombella G. (2002), *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza
- Pareyson L. (a cura di) (1960), *Locke J. - Due trattati sul governo*, Torino, Utet
- Peces-Barba G. (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè

- Peces-Barba G. (2000), *Diritti sociali: origini e concetto*, Soc. dir., 1, p. 27 ss.
- Pergolesi F. (1953), *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè
- Pintore A. (2002), *Diritti insaziabili* in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza
- Principato L. (2001), *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, Giur. cost., 2, p. 873 ss.
- Rimoli F. (1997), *Pluralismo* (voce), vol. XXIII, Enc. giur., Roma, Treccani
- Rimoli F., *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica* in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/dirittifondamentali/
- Ritter G.A. (1996), *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza
- Rodotà S. (2001), *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione*, in Scarponi S. (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 39 e ss.
- Romano S. (1900), *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in Orlando V.E. (a cura di), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, Società Editrice Libreria, p. 159 e ss.
- Rossi E. (1989), *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam
- Salazar C. (2000), *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli
- Schindler D. (1999), *Diritto costituzionale e struttura sociale* (trad. it a cura di Bifulco R.), Padova, Cedam
- Schmitt C. (1972), *Le categorie del «politico»* (a cura di Miglio G. e Schera P.), Bologna, Il Mulino
- Schmitt C. (1981), *Il Custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè
- Schmitt C. (1984), *Dottrina della costituzione* (tr. it. di Caracciolo A.), Milano, Giuffrè
- Spadaro A. (1995), *Il problema del «fondamento» dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi* (Atti del convegno dell'AIC, Taormina 1990), Padova, Cedam
- Spadaro A. (2007), *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, Forum quad. cost. in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045_spadaro.pdf
- Trombino M., *Sovranità* in Barbera A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza – Bari, 2000, p. 195 ss.
- Trujillo Pérez I. (2000), *La questione dei diritti sociali*, Ragion pratica, n. 14, p. 43
- Veneziani B. (2000), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam: la faticosa marcia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 4, p. 781 ss.
- Von Gerber C.F. (1971), *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi

Zagrebelsky G. (1995), *Relazione* in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi* (atti del convegno dell'Associazione italiana costituzionalisti – Taormina 1990), Padova, Cedam, p. 25

Zolo D. (1990), *Cosmopolis. La nascita, la crisi e il futuro della modernità*, Milano, Feltrinelli

Zolo D. (2002), *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in Ferrajoli L., *Diritti fondamentali – Un dibattito teorico*, Bari, Laterza