

INTRODUZIONE

Questo volume si collega idealmente ai due precedenti *Diritti di libertà e costituzionalismo* e *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, pubblicati nel 1997 e nel 2006 dalla stessa Casa Editrice. Con essi ha in comune il progetto ambizioso di tratteggiare i lineamenti delle esperienze costituzionali della democrazia pluralistica nella cornice della storia del costituzionalismo. Con alcune differenze importanti. Nel primo volume, l'attenzione si focalizzava sulle virtualità del principio costituzionale pluralistico, ed in particolare sui suoi riflessi nel processo politico e in dinamiche della partecipazione politica sempre meno egemonizzate dalle tradizionali forme di aggregazione partitiche. Nel secondo l'attenzione si era incentrata sui diritti, dei quali si è tentato di seguire storicamente l'itinerario che ha condotto, negli ordinamenti di democrazia pluralistica, alla stratificazione di molteplici dimensioni, le quali corrispondono al mutamento di ruolo ed alla estensione del contenuto delle costituzioni. In questo che ora vede la luce, il *focus* si sposta sul «principio libertà», nello sforzo di esplorare le risposte dell'esperienza giuridica alle domande di libertà (e di dignità), molteplici e spesso contraddittorie, che emergono dalle società complesse, in un contesto sempre più caratterizzato da interdipendenze che trascendono i confini spaziali, politici e culturali e le categorie dogmatiche della statualità.

Nelle società contemporanee la libertà sembra essere un valore indiscusso, evocato per contestare o per legittimare gli assetti sociali vigenti. Negli ultimi quattro secoli il richiamo agli ideali di libertà ha alimentato grandi conflitti e grandi sommovimenti dell'ordine politico e sociale. Per converso, oppressione, sfruttamento, miseria, degradazione sono stati associati a condizioni di illibertà. E tuttavia, il «principio libertà» –per richiamare subito la formulazione che ho scelto come titolo del volume– si è prestato spesso a strumentali declinazioni unilaterali. Con lo scopo dichiarato di creare o di proteggere ordinamenti fondati sul «principio libertà», sono stati giustificati interventi armati che, in varie parti del mondo, hanno comportato il prezzo altissimo di sofferenze individuali e stermini collettivi, soffocato il principio di autodeterminazione dei popoli e calpestato identità etniche, religiose, culturali. Ancora, l'idea di libertà viene as-

sociata, da un trentennio a questa parte, a programmi politici che perseguono la demolizione dello stato sociale di prestazione e la crescente deregolamentazione dei processi economici, con la conseguenza non soltanto di una radicale contrazione dei compiti pubblici, ma di favorire in modo deciso la concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi. Ne è derivata una torsione dell'idea di libertà, attraverso una contrapposizione, non priva di forzature, della libertà individuale al paternalismo dello stato sociale, dell'emancipazione dell'individuo alla sicurezza, della apertura delle *chances* di vita alla imposizione di canali esterni per la realizzazione di queste.

Non è evidentemente questa l'idea di libertà che percorre questo volume, né è quella che sorregge il patrimonio di valori dello stato costituzionale di democrazia pluralistica, né infine quella capace di accogliere in modo comprensivo le molteplici sfaccettature delle domande di libertà delle società complesse. E soprattutto declinazioni così unilaterali trascurano di collocare il «principio libertà» nell'orizzonte della politica. Nel lungo tragitto storico attraverso il quale si snoda la mia riflessione, la politica non è stata soltanto il *Behemoth* che ha soffocato la libertà. Essa è stata anche, e lo è in misura preminente nelle democrazie pluralistiche, lo spazio nel quale l'organizzazione della convivenza ha raggiunto equilibri, contemperamenti, concordanze pratiche indispensabili a società, alla cui ricchezza di istanze di liberazione, di punti di vista, di concezioni del mondo, di desideri, di passioni, di domande di riconoscimento si addice un pensiero possibilista, essenzialmente inclusivo, assai più che un pensiero fondato sull'esclusività del tutto/niente¹. La definizione dei contenuti del «principio libertà» nello stato costituzionale richiede un approccio di riflessione equilibrato, il quale renda possibile di mettere in correlazione convinzioni e punti di vista differenti in modo da portarli ad un punto di equilibrio. Al fine di raggiungere questo risultato, inclusivo ma al tempo spesso espressivo di una coerenza di sistema, è necessario aprire il varco alla ponderazione dei molteplici aspetti racchiusi nel «principio libertà», il che vuol dire inserire nei processi di ponderazione i differenti punti di vista dai quali esso viene riguardato.

Nel corso della storia, il rapporto tra libertà e politica ha dato luogo a tre posizioni fondamentali, a seconda che le istituzioni politiche vengano riconosciute come naturalmente limitative, se non drasticamente repressive, della libertà, o come strutture che rendono possibile la realizzazione della libertà individuale, o infine come costitutive della libertà della persona. Nella prima posizione si inscrivono le correnti del liberalismo giuridico, che hanno ricostruito il concetto di libertà in radicale antagonismo a quello della costrizione e della aggressione proveniente da altri attori. Peraltro, assegnando alla libertà il rango di un valore assolutamente prioritario della convivenza, ne è stato fatto discendere il corollario fondamentale che impone di limitare il potere politico nella maggiore misura

¹ Cfr. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, III ediz., Berlin 1998, 17 ss.

possibile. Alla seconda posizione va ascritto il variegato filone del repubblicanesimo, il quale muove dalla premessa che l'ordine politico della convivenza sia in linea di principio compatibile con la libertà dell'individuo. Il controllo dei consociati sull'assetto istituzionale e la possibilità di codeterminare i destini di una comunità organizzata attraverso gli istituti della partecipazione ed un sistema di *checks and balances* sono considerati come la chiave di volta di un ordinamento ispirato a principi di libertà. Nella prospettiva dei filoni repubblicani, libertà significa essenzialmente possibilità di non soggiacere al potere di decisione di altri attori. Ed il rapporto tra libertà e politica non è declinato in chiave di tendenziale esclusione reciproca, ma come un rapporto di compenetrazione, che fa della politica lo strumento per dischiudere maggiori potenzialità di libertà nel gruppo sociale organizzato². Alla terza posizione possono essere ricondotti, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, gli indirizzi che hanno posto la questione sociale al centro della discussione sulla libertà. Con il progressivo dissolvimento dei legami di dominio personale degli assetti cetuali, il «principio libertà» aveva assunto il ruolo di fondamento dell'ordine politico, lasciando sullo sfondo il tema delle diseguaglianze e delle nuove forme di dominio da queste indotte. L'urbanizzazione, l'industrializzazione e la proletarizzazione, fattori di crescita delle diseguaglianze, e più in generale l'inasprirsi della questione sociale nel quadro dello sviluppo capitalistico, posero con decisione l'interrogativo se la mancanza di risorse materiali e la diseguale diffusione della ricchezza rappresentino di per sé una restrizione della libertà, o se invece l'effetto di illibertà derivi in via mediata dalla condizione di dipendenza di larghi strati della popolazione dall'egemonia di altri attori sociali. In ogni caso, il «principio libertà» era destinato a convivere con altri valori, quali l'eguaglianza e la redistribuzione della ricchezza.

Il dibattito che è seguito a questi tre passaggi fondamentali sulla declinazione dell'idea di libertà, dimostra che nella correlazione tra libertà e politica, che, sia nel pensiero liberale che in quello repubblicano, si sviluppa in modo lineare, si inserisce un terzo elemento, la questione dell'eguaglianza, che carica quella relazione di inediti profili di complessità. Isaiah Berlin e soprattutto Friedrich von Hayek hanno tentato di espungere dal «principio libertà» questo fattore di complessità e di difficoltà. Per il secondo, in particolare, lo stato di libertà è quello in cui «la coercizione di alcuni da parte di altri è ridotta a quel minimo che la società esige», ed «il compito di una politica di libertà deve essere quello di ridurre al minimo la coercizione o i suoi dannosi effetti, pur non potendo eliminarla del tutto». Sebbene l'antichissima definizione della libertà come «indipendenza dall'arbitraria volontà di un altro» sia stata spesso ritenuta una grossolana semplificazione, essa coglie – secondo Hayek – l'aspetto fondamentale, che consiste nell'assunto che la libertà «si riferisce unicamente al rapporto tra un uomo e un altro e può essere violata unicamente dalla coercizione esercitata

² Si v. *M. van Gelderen-Q. Skinner* (cur.), *Republicanism. A shared european heritage*, voll. 2, Cambridge-New York 2002.

dall'uomo», mentre, per converso, «la gamma delle possibilità materiali tra le quali una persona in un determinato momento può scegliere, nulla ha a che vedere con la libertà»³. Seguendo questa linea di pensiero, una condizione di illibertà si genera soltanto da uno stato di costrizione che l'individuo subisce ad opera di altri attori, mentre non soltanto le avversità naturali, ma anche quelle derivanti dalle disuguaglianze dei rapporti di vita restano totalmente estranee agli orizzonti concettuali della libertà⁴.

Le critiche di questa posizione teorica si sono mosse nella direzione di connettere più strettamente il concetto di libertà con le condizioni materiali e di contesto sociale nelle quali il soggetto punta alla sua autorealizzazione, impedita da ostacoli non riconducibili ad uno stretto stato di coazione. Esse si sono sforzate di dimostrare che uno stato di illibertà non si localizza sullo stretto terreno dell'interazione con un soggetto esterno, ma si realizza anche nel fatto che, ad esempio, un soggetto in condizione di povertà sia costretto ad accettare un'offerta di lavoro senza poterne discutere le condizioni. Si delineano, in definitiva, situazioni di disuguaglianza, di sfruttamento, di miseria, di oppressione che non sono necessariamente sostenute (o non lo sono in modo decisivo) dalla violenza o dalla coazione, e tuttavia sono fonte di una condizione di libertà dimidiata. Inoltre, allorché gruppi o interessi organizzati o poteri privati traggono profitto da posizioni radicate nella struttura della società, mentre altri traggono da ciò una massiva posizione di svantaggio, ci si deve porre l'interrogativo se l'ordine politico della società possa consentire tutto questo senza generare situazioni permanenti di conflitto, che si corre poi il rischio di fronteggiare con la violenza e la coazione.

D'altra parte, proprio la circostanza che i gruppi sociali svantaggiati rinuncino a ribellarsi alle loro condizioni di vita e scelgano di realizzare i loro desideri ed i loro obiettivi nel contesto nel quale si trovano ad operare, sovraccarica il «principio libertà» di un significato ulteriore, nella direzione del potenziamento della libertà come condizione effettiva di autorealizzazione e di autonomia. Recenti prese di posizione hanno smontato l'obiezione che una visione del «principio libertà» comprensiva ed aperta ad equilibrate ponderazioni ne avvolgerebbe l'impianto contenutistico in una grigia cornice di paternalismo collettivo. Utilizzando gli apporti delle scienze dell'uomo, si è affermato che, solo muovendo da questa visione più ampia, è possibile contrastare l'acquiescenza passiva dei gruppi sociali svantaggiati ed abbattere il rischio della internalizzazione di relazioni di dominio/soggezione. Se invero «il potere di scelta e di decisione è la chiave della libertà», una teoria della libertà non è soltanto focalizzata sulla «ricerca delle condizioni nelle quali si assumono i poteri di scelta e di decisione,

³ Cfr. F.A. Hayek, *La società libera* (1960), Firenze 1969, 29 ss.

⁴ In questo senso v. le considerazioni critiche sviluppate da C.B. Macpherson, *La vita e i tempi della democrazia liberale* (1977), Milano 1980; *Id.*, *Ascesa e caduta della giustizia economica* (1985), Roma 1990.

ma alle stesse modalità di costruzione di tali poteri»: il che vuol dire un'indagine consapevole delle alternative disponibili, su che cosa vuol dire scegliere, sulla condizione del soggetto che opera la scelta, sull'incidenza conformativa di rapporti e pratiche sociali⁵. In breve, la riflessione teorica sulla libertà non può trascurare che l'attività di costruzione delle decisioni individuali è un processo sociale e, ritornando allo snodo del rapporto tra libertà e politica, che lo svolgimento di questo processo deve garantire libertà. La politica viene pertanto identificata come un processo nel corso del quale, attraverso lo scambio di differenti argomentazioni, stili di comportamento e forme espressive, vengono alla luce le motivazioni dei nostri desideri e delle nostre convinzioni, in un processo complesso, perché, allo stesso tempo, riflessivo e proiettato al cambiamento⁶.

Devo premettere qualche altra avvertenza introduttiva. La prima è che ho scelto di assumere, nello studio dei diritti, una prospettiva sistemica, poiché sono convinto che i diritti, nelle esperienze delle «costituzioni del pluralismo» non meno che nella tradizione del costituzionalismo, abbiano giocato un ruolo fondativo e legittimante dell'assetto costituzionale, che tale valenza non sia in contrasto, ma speculari rispetto all'attitudine «antagonistica» che essi, con caratteri e secondo orientamenti di fondo storicamente differenti, hanno posseduto, e che, proprio per questo, essi meritino di essere qualificati come «fondamentali».

In questa prospettiva, non deve meravigliare che il volume dedichi una parte centrale e consistente al tentativo di ricostruzione dell'esperienza liberale. Sono infatti convinto che il discorso del costituzionalista sui diritti si muova lungo il crinale della dialettica fra continuità e superamento dell'esperienza liberale, e che da questa sia stato condizionato in modo decisivo. Certamente, mutamenti profondi degli assetti costituzionali, l'estensione della base sociale e la democratizzazione del processo politico hanno determinato l'ampliamento del catalogo e delle funzioni dei diritti fondamentali e spostato decisamente il discorso costituzionale sui diritti da un approccio di tipo formale, quello dell'individuo astratto, ad uno sostanziale, quello dell'*homme situé* nella realtà delle sue condizioni vita. Ed ancora, il deciso mutamento di prospettiva della scienza costituzionalistica del Novecento, dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre*, ha messo in discussione il solido impianto delle situazioni soggettive elaborato dalla scienza giuridica nel quadro delle esperienze dello stato liberale, ed avviato ad una revisione radicale della collocazione complessiva dei diritti nel composito universo dei valori di

⁵ Così N. Hirschmann, Kontexte negativer Freiheit. Begriffsanalytische Differenzierungen im Lichte des Sozialkonstruktivismus, in J. Cipurut (cur.), Freedom: reassessments and rephrasing, Los Angeles 2008, 187 ss.

⁶ Su ciò v. le pagine fondamentali di C. Taylor, Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus, Frankfurt a.M. 1988, 118 ss.

riferimento delle costituzioni, della ricostruzione della struttura dei diritti costituzionali e dei loro strumenti di garanzia. Sono peraltro convinto che il confronto dello studioso dei diritti con l'esperienza liberale non debba arrestarsi sul terreno della comprensione dei mutamenti intervenuti *per contrapposizione* con essa. Sebbene circoscritta nell'universo sociale omogeneo della sfera pubblica borghese e solcata dalle contraddizioni di una progressiva torsione autoritaria che doveva apprestare argini robusti proprio al pluralismo e alla conflittualità, l'esperienza liberale e soprattutto le radici risalenti nell'età del costituzionalismo hanno rappresentato lo sbocco di un poderoso sforzo di emancipazione e di mobilità sociale, e sono parimenti convinto che l'idea della positività degli antagonismi e del conflitto, una volta proiettata su una base sociale più ampia, avrebbe sviluppato potenzialità che le esperienze di democrazia pluralistica avrebbero raccolto.

Un altro chiarimento riguarda il rapporto con la storia. La trattazione della materia è ispirata da una consapevole scelta di metodo, poiché sono convinto della ineludibile storicità dell'orizzonte scientifico del costituzionalista, e che anche all'opera del giurista si attagli la suggestiva immagine di Fernand Braudel, che essa «non esce mai dal tempo della storia» e che «il tempo si avvinghia al suo pensiero come la terra alla zappa del giardiniere»⁷. E, per quanto riguarda in particolare il tentativo di offrire un quadro dei problemi generali dello studio dei diritti fondamentali, sono convinto che la pretesa di separare l'esperienza giuridica dalla storia si riveli non soltanto metodologicamente fallace, ma altresì illusoria sul terreno ricostruttivo. Ho ritenuto tuttavia che l'approccio storico-culturale, che guida la ricostruzione della direzione di senso dello sviluppo dei diritti fondamentali, non potesse arrestarsi, per così dire, alla superficie di una rassegna diacronica di «generazioni» di diritti, ad una successione di scansioni storiche, che dagli albori della riflessione sul rapporto fra l'individuo ed il gruppo sociale organizzato conducono fino agli sviluppi più recenti delle «costituzioni del pluralismo». Si è tentato di mettere in luce i *topoi* ed i nodi problematici che hanno percorso ed attraversano ancora oggi la discussione sui diritti fondamentali, di collocare, più esattamente, la storia come guida di un intricato itinerario di ricerca sui concetti fondamentali che tale discussione ha contribuito ad elaborare.

Si tratta di un tentativo non inedito, che vanta oramai una consolidata tradizione scientifica. È sufficiente ricordare l'esperienza dei *Geschichtliche Grundbegriffe*, avviata da Brunner, Conze e Koselleck, un'opera che ha rappresentato nel mio itinerario di ricerca un punto di riferimento fondamentale. Ma proprio la consapevolezza che solo la storia può far luce sul significato dei concetti fondamentali che hanno guidato lo studio delle diverse esperienze costituzionali, e che tali concetti rappresentano la spia migliore per una comprensione profonda

⁷ Cfr. F. Braudel, *Scritti sulla storia*, a cura di A. Tenenti, Milano 2003, 37 ss.

di queste, spiega un andamento espositivo caratterizzato da frequenti rimandi da un'epoca all'altra piuttosto che da una successione diacronica ordinata. Si è tentato, per riprendere una suggestiva metafora di Koselleck, di far emergere dallo sviluppo storico dei diritti fondamentali gli «strati temporali (*Zeitschichten*)» che si sono depositati attraverso i secoli e la cui ricerca sfugge all'opposizione fra concezioni lineari e circolari del divenire storico, perché muove dalla consapevolezza che i tempi della storia sono costituiti da molteplici strati che rimandano dall'uno all'altro senza essere necessariamente condizionati da un rigido nesso di dipendenza causale⁸. E questa consapevolezza dà forse anche ragione dell'uso della storia costituzionale comparata soprattutto per far emergere la dialettica fra continuità e mutamento con riferimento alle tensioni che alcuni grandi nodi problematici (assunti come una sorta di «invarianti») sono riusciti ad esprimere nello sviluppo storico, ed alla differente sensibilità che si avverte sullo sfondo di concetti fondamentali, la cui elaborazione è stata storicamente condizionata dall'esigenza di rispondere a differenti domande di libertà.

Questo approccio non sembra andare incontro all'obiezione di nascondere, dietro la ricerca di «invarianti», la nostalgia delle rassicuranti certezze della dogmatica giuridica. Al contrario, l'esperienza della storia, ed in particolare quella della riflessione del pensiero umano sui fondamenti dell'ordine sociale, dimostrano che «i problemi di fondo permangono e conservano una sostanziale identità attraverso tutti i mutamenti storici, anche se transitori misconoscimenti li collochino nell'oblio, anche se tutte le soluzioni proposte per essi dall'uomo hanno i caratteri della mutevolezza e della provvisorietà e mutano da un'epoca all'altra»⁹. Si avvertiranno forse nell'autore, per l'approccio prescelto, le suggestioni dello storicismo, non meno che quelle, meno risalenti, della storiografia proiettata alla comprensione della «lunga durata», in ogni caso la convinzione che lo studio comparato delle esperienze costituzionali richieda sensibilità nel percepire i mutamenti e le soluzioni di continuità, ma anche capacità di riallacciare l'unità dei grandi nodi problematici che si sono continuamente riproposti, con caratteri peculiari, nel tempo e nello spazio¹⁰.

Le brevi citazioni che aprono il volume intendono offrire anzitutto un doveroso tributo al recupero di quella dimensione interdisciplinare nello studio dei diritti fondamentali che la scienza giuridica ha consapevolmente sottovalutato. Inoltre, esse segnalano in modo particolarmente suggestivo alcuni itinerari di ricerca che hanno guidato la mia riflessione: l'antecedenza del principio libertà rispetto alle sue manifestazioni nell'esperienza giuridica (B. CROCE); il conflitto fra la sfera interiore della libertà, custodita nei meandri insondabili della coscienza, e quella del suo disciplinamento (F. DOSTOEVSKIJ); la imprescindibile

⁸ Cfr. R. Koselleck, *Zeitschichten*, Frankfurt a.M. 2000, 19 ss.

⁹ Cfr. L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, Genova 1980, 31 e 39.

¹⁰ Rinvio su ciò a M. Bloch, *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, Roma-Bari 1977, 29 ss.

centralità dell'esperienza liberal-borghese e le brucianti contraddizioni di essa (T. MANN); l'apertura dello scenario dei diritti alle istanze di liberazione e di emancipazione sociale (B. BRECHT); la tensione fra libertà, «ordine sociale» ed omologazione agli stili di vita convenzionalmente accettati (M. FOUCAULT).

In questa prospettiva si colloca, da un lato, l'interesse per le trasformazioni del rapporto fra libertà ed eguaglianza. Il principio di eguaglianza, invero, sotto la pressione delle domande di libertà emerse dalle società plurali contemporanee, appare sempre meno funzionale alle esigenze della unificazione politica del *demos*, e pertanto si presta sempre meno ad essere ricostruito secondo paradigmi universalizzanti o omologanti, in quanto esso sembra sempre più proiettato a presidiare la sintesi fra riconoscimento di identità molteplici e solidarietà.

Alla luce di questi rilievi, non deve stupire il richiamo, in questo così come nei volumi precedenti, alla nozione di «costituzionalismo». Sebbene sia consapevole della carica ideologico-politica che essa possiede, e che impone di storizzarne le potenzialità, sono convinto peraltro che il profilo delle garanzie e della limitazione del potere, che costituisce il filo conduttore della storia del costituzionalismo, si riproponga nelle democrazie pluralistiche con un raggio di azione inedito e più esteso. Che oltrepassa gli angusti confini della protezione della sfera privata individuale dalle ingerenze dei poteri pubblici, per misurarsi con le domande attive di «libertà eguale» e di effettività dei diritti, che scaturiscono dalle diseguaglianze di fatto, dalle ricorrenti propensioni egemoniche dei poteri privati, dalle vecchie e nuove forme di marginalità delle società pluralistiche.

Infine, questo volume è attraversato dalla consapevolezza che il tema dei diritti, sebbene abbia sempre conservato tracce più o meno marcate dell'originaria impronta universalistica della tradizione del giusnaturalismo, ha occupato peraltro per quasi due secoli una collocazione centrale all'interno della *Staatsverfassung*, ed è rimasto pertanto progressivamente incluso negli itinerari della costruzione del dogma della sovranità statale, e per certi versi prigioniero delle categorie del diritto pubblico dello stato nazione. Ma altrettanto forte è la consapevolezza che lo stato costituzionale contemporaneo è condizionato dalle interdipendenze che derivano dalla cooperazione fra gli stati e che la cornice «costituzionale», entro la quale esso è inserito, è quella di un costituzionalismo *multilevel*, che risulta dalla stratificazione di livelli costituzionali di differente ampiezza (internazionali, sovrastatali, statuali, infrastatali). Uno scenario, questo, che proprio sul terreno dei diritti si delinea con maggiore evidenza, e di cui la vicenda dell'affermarsi della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo ha rappresentato un suggestivo laboratorio di ricerca. In breve, se è incontestabile che l'elaborazione di una dogmatica dei diritti si è sviluppata nel quadro della nascita e del rafforzamento dello stato nazionale nell'Europa continentale, le trasformazioni dei diritti fondamentali nello stato costituzionale di democrazia pluralistica rendono ineludibile la ricerca di opzioni ricostruttive adeguate ad un mutato contesto storico, il quale non consente di riproporre

acriticamente ed aprioristicamente schemi dogmatici e categorie che hanno accompagnato l'ascesa e la crisi del diritto pubblico dello stato nazione.

La genesi e la stesura di questo libro hanno avuto molti interlocutori, al confronto ed al dialogo con i quali l'autore deve una riconoscenza profonda. Anzitutto le grandi figure intellettuali che, negli anni dell'adolescenza, mi introdussero alla riflessione sulla libertà, Benedetto Croce, Guido De Ruggiero, Piero Gobetti, Antonio Gramsci e Carlo Rosselli. E poi i maestri, gli allievi, gli amici, la mia famiglia, tutti confidenti preziosi dell'anelito di libertà che ha accompagnato e guidato, praticando l'inquietudine e il dubbio, la mia vita ed mio il percorso di ricerca, e che fa di questo libro il più intimamente autobiografico tra quelli che hanno scandito il mio itinerario di studioso. Dedico infine il libro ai miei studenti nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, agli interlocutori critici e vivaci che, nel corso delle lezioni e dei seminari, hanno visto prendere forma le tesi qui sviluppate. Li ringrazio per l'attenzione con la quale mi hanno sempre seguito anche nei passaggi più ardui della lezione, per le suggestioni e le domande che hanno suscitato, per l'entusiasmo giovanile che sono riusciti a comunicarmi, e soprattutto per la «leggerezza» che mi hanno trasmesso. Che non è superficialità, come ci ha insegnato Italo Calvino in pagine insuperabili, ma un valore che ci guida a cogliere l'energia del «movimentato spettacolo del mondo», e ci aiuta a sfuggire «alla pesantezza, all'inerzia, all'opacità del mondo». Offrendoci la consapevolezza che «ci affacceremo al nuovo millennio, senza sperare di trovarvi nulla di più di quello che saremo capaci di portarvi»¹¹.

¹¹Cfr. I. Calvino, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano 1988, 15 ss.

CAPITOLO PRIMO

LIBERTÀ E DIRITTI NELLO SVILUPPO STORICO DEL COSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: **I. I diritti costituzionali fra storia e dogmatica.** – 1. I diritti costituzionali tra ascesa e crisi dello stato nazione. – 2. Le «generazioni» dei diritti. – 3. «Varianti» e «invarianti» della storia dei diritti costituzionali fra storia, teoria generale e dogmatica. – 4. Contrattualismo, neocontrattualismo e «libertà eguale». – 5. La dogmatica dei diritti fondamentali al vaglio della storia. La vicenda del diritto soggettivo. – 6. Le trasformazioni dello stato costituzionale e le sfide alla dogmatica dei diritti fondamentali. – **II. Le radici dello sviluppo storico dei diritti costituzionali.** – 7. La storia dei diritti costituzionali come prodotto del costituzionalismo moderno e le sue più remote radici. – 8. La «preistoria» dei diritti costituzionali. La tradizione greco-romana e lo stoicismo. – 9. La tradizione cristiana. – 10. Le carte medievali. – **III. Il costituzionalismo e i diritti.** – 11. I diritti individuali e le origini del costituzionalismo moderno. La Riforma e le guerre di religione. – 12. Il costituzionalismo come problema storiografico. Il processo di costituzionalizzazione dei diritti. – 13. Il costituzionalismo fra limitazione e legittimazione del potere. – 14. Costituzionalismo, giusnaturalismo, contrattualismo. – 15. Costituzionalismo e giuspositivismo statualistico. – 16. Il costituzionalismo come risposta alle sfide della storia. – 17. Il costituzionalismo e le sfide dei totalitarismi. – 18. L'eredità del costituzionalismo. – 19. Costituzionalismo e stato costituzionale. – **IV. L'esperienza dello stato liberale.** – 20. Alle origini dello stato liberale. – 21. I fondamenti ideologici delle rivoluzioni borghesi. – 22. Il processo di costituzionalizzazione dei diritti. – 23. L'esperienza rivoluzionaria in Francia. La Dichiarazione del 1789 e la sua eredità. – 24. Il liberalismo giuridico. L'eredità dell'esperienza liberale come «problema» della storia dei diritti costituzionali. – 25. Il garantismo e l'universalità dei diritti. – 26. Libertà degli antichi e libertà dei moderni. – 27. I diritti nello «stato di legislazione». – 28. La fondazione teorica dello statualismo. – 29. La teoria dei «diritti pubblici soggettivi». – 30. Il paradigma del «diritto di difesa» come filo conduttore dell'esperienza del liberalismo giuridico. – 31. La critica della dogmatica liberale dei diritti nella cultura giuridica weimariana. – **V. I diritti fondamentali negli ordinamenti di democrazia pluralistica.** – 32. I diritti fondamentali nelle esperienze costituzionali del XX secolo: la reazione all'ordine liberal-borghese. – 33. La critica della struttura individualistica dei diritti. Libertà borghesi e libertà private. – 34. La reazione contro il formalismo. Il superamento della concezione liberale della libertà giuridica. – 35. La critica della disegualianza. – 36. I mutamenti della concezione della proprietà. – 37. La controversia sulla proprietà e la struttura dei diritti costituzionali: il ruolo della giurisprudenza. – 38. «Diritti» e «valori» nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche. – 39. Le garanzie dei diritti nello stato costituzionale. – 40. Costituzionalismo e legalismo: l'interpretazione della Costituzione. – 41. Le operazioni di ponderazione e di bilanciamento dei diritti. – 42. L'interpretazione dei diritti fondamentali tra «regole» e «principi». «*Balancing test*», ponderazioni, ragionevolezza, proporzionalità. – 43. Lo stato di diritto: *rule of law*, *état de droit*, *Rechtsstaat*. – 44. La riserva di legge e il principio di legalità. La «*rule of law*». – **VI. I diritti costituzionali fra libertà ed eguaglianza.** – 45. Le costi-

tuzioni europee del secondo dopoguerra. – 46. «Dignità dell'uomo» e «diritti della persona». – 47. Il problema dell'effettività dei diritti. – 48. Nuove frontiere del rapporto fra libertà ed eguaglianza. – 49. Il principio di neutralità rispetto alla molteplicità delle concezioni del mondo e la tolleranza. – 50. La c.d. efficacia «orizzontale» dei diritti fondamentali. – 51. Il rapporto fra libertà e sicurezza tra vecchie e nuove teorie del contratto sociale. – 52. Le nuove frontiere del principio libertà nella «società del rischio» e il diritto alla sicurezza. – 53. Diritti fondamentali e «*status activus processualis*». – **VII. Interpretazione e multidimensionalità dei diritti costituzionali.** – 54. La dimensione individuale di derivazione liberale. Libertà negativa e libertà positiva. – 55. Libertà, «capacità» e «*chances* di vita». – 56. Diritti, istituzioni e mercato. – 57. La critica neoliberale delle «ponderazioni» e della dogmatica novecentesca dei diritti fondamentali. – 58. La dimensione istituzionale. Le garanzie di istituto. L'inviolabilità dei diritti. – 59. I diritti come espressione di un sistema di valori. L'«apertura» del catalogo dei diritti. – 60. La dimensione democratico-partecipativa. – 61. I diritti nello «stato di prestazione». – **VIII. Verso una conclusione.** – Nota bibliografica.

I. I diritti costituzionali fra storia e dogmatica

1. I diritti costituzionali tra ascesa e crisi dello stato nazione

Lo studio delle libertà e dei diritti fondamentali ha interessato discipline diverse (la filosofia, la storia, il diritto, l'antropologia culturale, le scienze sociali, l'economia), che lo hanno affrontato da angolazioni e con approcci metodologici differenti e complementari. Anche la scienza giuridica ha svolto un ruolo fondamentale, sia quando essa si è interrogata sul «fondamento» dei diritti o su quello dell'ordine politico, sia quando, più tardi, si è preoccupata di dare sistemazione ai congegni e agli istituti di protezione dei diritti affermatasi nell'ambito di un determinato ordinamento e nel quadro di determinate esperienze costituzionali. In questa fase, che coincide con l'affermazione dello stato-nazione in Europa nel secolo XIX, la riflessione della scienza giuridica si è peraltro progressivamente isolata da quel clima di comunicazione fra approcci disciplinari differenti, che, ancora nell'età del costituzionalismo moderno, aveva caratterizzato il dibattito sui diritti. È superfluo sottolineare che la tendenza ad uno studio dei diritti «introverso» da parte della scienza giuridica, ed alla chiusura dell'orizzonte di comprensione dei diritti (più precisamente, del «sistema» delle situazioni giuridiche soggettive) all'interno della linea di confine del diritto «posto» dallo stato, ha corrisposto storicamente al consolidamento di questo come soggetto detentore del «monopolio della violenza legittima» (M. WEBER) ed ad un processo di unificazione della sfera politica aggregato da un assetto costituzionale funzionale alle esigenze ed agli obiettivi di una classe sociale egemone. Ma è altrettanto agevole comprendere che questa tendenza alla introversione giusstatualistica dello studio dei diritti ha comportato non soltanto il restringimento degli orizzonti culturali della scienza giuridica, arroccatasi nella pretesa della autoreferenzialità dei suoi apparati concettuali e nel rifiuto degli apporti di una ricca e proficua *koiné* inter-

disciplinare, ma soprattutto la cecità alle ragioni di ordine storico-culturale e valutativo, che costituiscono il sostrato degli ordinamenti costituzionali e che, venuta meno l'omogeneità dello stato monoclasse borghese, indicano la direzione di senso delle esperienze costituzionali del pluralismo.

La riflessione sulle libertà ed i diritti fondamentali deve prendere atto che la grande stagione della sistemazione dogmatica delle situazioni soggettive nel diritto pubblico ha accompagnato il consolidamento degli apparati dello stato-nazione ed è stata funzionale alla ideologia su cui questo poggiava, sia in quanto aveva connesso indissolubilmente l'universalità dei diritti con il legame di appartenenza derivante dalla cittadinanza, sia in quanto aveva costruito il rapporto fra libertà individuali e autorità dello stato in funzione della difesa e della conservazione della omogeneità della sfera politica dall'aggressione di nuovi soggetti sociali. Che questa esperienza, anche grazie al raffinato bagaglio concettuale che essa produsse, abbia rivestito carattere autenticamente fondativo di categorie e di istituti che costituiscono ancora oggi, sebbene nel quadro di contesti e di presupposti di legittimazione differenti degli ordinamenti costituzionali, un passaggio obbligato della riflessione della scienza costituzionalistica, non può essere messo in discussione. E tuttavia, da un lato, non sembra scontato rintracciare una perfetta linea di continuità fra le elaborazioni dottrinali sei-settecentesche del costituzionalismo e la dogmatica ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi. Dall'altro, è spesso arduo calare le ricostruzioni sistematiche della fase matura del liberalismo giuridico ottocentesco all'interno di esperienze costituzionali fondate su nuove basi di legittimazione e sulla apertura alle molteplici articolazioni e divisioni del tessuto sociale.

Questa premessa può aiutare non solo a giustificare la direzione di senso che guida, nelle pagine seguenti, la ricostruzione dello sviluppo storico dei diritti costituzionali, ma soprattutto la scelta metodologica di affrontare lo studio di questi anzitutto e fondamentalmente come un problema storico. Ciò consente di far luce sulle sistemazioni della scienza giuridica da due angolazioni differenti, quella delle «rotture», o delle grandi scansioni corrispondenti all'emergere di differenti «generazioni» dei diritti, e quella delle «invarianti», cioè dei grandi nodi tematici che hanno percorso lo sviluppo storico dei diritti fondamentali, e che ogni epoca ha peraltro affrontato e risolto con sensibilità e accentuazioni differenti.

2. Le «generazioni» dei diritti

La storia dei diritti costituzionali ha avuto uno sviluppo complesso, che è stato caratterizzato da trasformazioni radicali del contenuto e dell'estensione delle situazioni soggettive costituzionalmente protette e da mutamenti radicali della funzione delle costituzioni e dei cataloghi costituzionali dei diritti. Di tale sviluppo è possibile mettere in evidenza tre stadi, che corrispondono a differenti generazioni dei diritti costituzionali. Se si guarda ai contenuti dei cataloghi dei

diritti delle rivoluzioni borghesi del XVIII secolo, si delinea una *prima generazione* di diritti, che comprendeva essenzialmente diritti *negativi* di difesa da ingerenze dei poteri pubblici ed un primo nucleo di diritti di partecipazione alla vita pubblica. Tali diritti, intorno ai quali Georg Jellinek, nella fase culminante dello sviluppo degli ordinamenti dello stato liberale, avrebbe costruito la raffinata elaborazione dommatica degli *status* del soggetto, comprendevano, fra quelli a contenuto negativo, oltre ad alcune fondamentali garanzie giurisdizionali, quelli alla protezione dei beni individuali basilari (vita, libertà, proprietà). Quanto ai diritti a contenuto positivo, i quali rispecchiavano ancora uno stadio elitario e decisamente predemocratico della partecipazione alla vita pubblica, essi comprendevano essenzialmente i diritti elettorali attivo e passivo e, sebbene non senza penetranti restrizioni, i diritti di riunione e di associazione.

Già a partire dalla seconda metà del XIX secolo, a seguito della rivoluzione industriale e dell'erompere della questione sociale, e sotto la spinta del movimento dei lavoratori, dello sviluppo delle idee del socialismo, ed in particolare della critica marxiana dei rapporti di produzione nella società del capitalismo, comincia a delinarsi una *seconda generazione* di diritti, finalizzati ad assicurare soprattutto al proletariato il soddisfacimento dei bisogni economici fondamentali e la protezione in campo sociale di fronte ai rischi dell'esistenza. I diritti della seconda generazione troveranno compiuto sviluppo negli assetti costituzionali del XX secolo e dopo la fine della prima guerra mondiale, incanalandosi peraltro lungo due differenti direttrici di sviluppo. La prima prese le mosse dal radicale progetto di *liberazione* elaborato dal pensiero marxiano, la cui realizzazione avrebbe dovuto segnare la fine della «completa rovina dell'uomo» nell'individualismo egoistico della società borghese e la sua completa emancipazione (C. MARX). Negli ordinamenti dello stato socialista, edificati su una trasformazione rivoluzionaria dei modi di produzione capitalistica, il disegno originario subì peraltro trasformazioni profonde, sfociando in un assetto collettivistico e centralizzato dell'economia e nella completa funzionalizzazione dei diritti civili e politici all'ideologia ufficiale del partito. La critica della distinzione fra *bourgeois* e *citoyen*, ritenuta il fondamento (ed il vizio genetico) delle carte dei diritti dell'età del costituzionalismo e della separazione fra la società civile e lo stato, sarebbe sfociata nella dittatura politica del partito. Sebbene la Costituzione dell'Urss del 1936 proclamasse la universalità dei diritti (art. 123), la critica della concezione «formale» dei diritti del cittadino nelle costituzioni borghesi e l'obiettivo di spostare il centro di gravità sui «mezzi» per il concreto esercizio degli stessi si tradussero, nella sistematica della Costituzione (art. 118 ss.), nella priorità del riconoscimento dei diritti sociali e nella subordinazione dei diritti civili e politici a finalità di carattere collettivo, quali l'«interesse dei lavoratori» ed il rafforzamento della «organizzazione socialista» (art. 125).

La seconda direttrice ha trovato sviluppo negli ordinamenti di democrazia pluralistica con differenti accentuazioni e modalità. In primo luogo, l'estensione della partecipazione politica a larghi strati della popolazione che negli ordina-

menti di tipo liberale ne erano rimasti esclusi, ha comportato la valorizzazione dei diritti di riunione e di associazione, ed in particolare delle libertà di associazione politica e sindacale. In secondo luogo, gli ordinamenti di democrazia pluralistica si sono sforzati di coniugare il riconoscimento delle libertà economiche con la previsione di congegni di redistribuzione della ricchezza e di riequilibrio delle diseguaglianze di fatto. Dopo la fine della seconda guerra mondiale, la vicenda dei diritti della seconda generazione viene a coincidere pertanto con quella dell'affermazione e della crisi dello stato sociale, ma già la Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 ne tracciava il quadro in termini pregnanti, stabilendo che «l'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo», e pertanto che «in questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli» (art. 151).

A partire dalla seconda metà del XX secolo, si delinea una terza fase dello sviluppo dei diritti umani, che trascende in misura crescente i confini della sovranità degli stati, ma che ha importanti conseguenze sulla estensione e sulla sistematica del riconoscimento costituzionale dei diritti. Nella formula dei *diritti della terza generazione* si condensano peraltro tendenze ed indirizzi differenti. Un primo aspetto involge la tendenza alla universalizzazione della protezione dei diritti, che si delinea dopo la fine della seconda guerra mondiale. Se già la Dichiarazione universale dell'ONU del 1948 additava l'osservanza universale dei diritti umani come «ideale comune» ed «impegno» di tutti i popoli e di tutte le nazioni, lo sviluppo dei processi di decolonizzazione e la propagazione della crisi delle esperienze politico-costituzionali dello stato totalitario hanno comportato la diffusione del modello di democrazia pluralistica e la tendenza alla generalizzazione di un patrimonio comune di diritti. Ciò ha avuto ripercussioni rilevanti sul rapporto fra riconoscimento dei diritti e sovranità statale, per effetto di una crescente apertura nella direzione di uno «stato costituzionale cooperativo» (P. HÄBERLE) e della fondazione di un costituzionalismo dei diritti caratterizzato vieppiù da una fitta rete di interdipendenze, da condizionamenti internazionali della sovranità degli stati e dal rafforzamento di processi di integrazione sovrastatale.

Inoltre, il processo di universalizzazione dei diritti ha comportato, da un lato, una estensione della cerchia dei titolari, avendo acquistato autonomo e crescente rilievo, nelle convenzioni internazionali e regionali sui diritti umani, non solo gli individui, ma gli stati del terzo mondo, gli stati più poveri, le popolazioni in via di sviluppo, nuovi soggetti collettivi riconosciuti titolari dei diritti allo sviluppo, alla pace, alla conservazione dell'ambiente, ed in generale del diritto a partecipare al «patrimonio comune dell'umanità». Dall'altro, nel nuovo costituzionalismo dei diritti formatosi su base cooperativa si è profilato uno spettro assai largo di ambiti di tutela, che abbraccia garanzie giurisdizionali, diritti nella sfera politica, sociale, economica, culturale, religiosa, nella sfera della comunicazione, diritti inerenti ai rapporti familiari, alla protezione dei dati personali, all'obiezione di coscienza, ed

ancora divieti di discriminazione, di crimini di guerra, della schiavitù, del lavoro forzato, della tratta degli uomini, dei crimini contro l'umanità.

Un aspetto particolare, ma assai significativo, della dilatazione dell'area dei diritti della terza generazione è costituito dalle clausole di *protezione dell'ambiente e della qualità della vita*, ricorrenti nelle costituzioni e nelle revisioni costituzionali più recenti (Artt. 45 Cost. Spagna 1978, 66 Cost. Portogallo 1976/1989, 44 Cost. Slovacchia 1992, 53 Cost. Estonia 1992, 24 Cost. Grecia 1995, 21 Cost. Paesi Bassi 1983, 20 Cost. Germania 1994, Cap. 1 § 2 Cost. Svezia 1975/1978). Nel pensiero politico e filosofico, la critica dei rischi di distruzione della natura, derivanti dai processi di industrializzazione e dal progresso della tecnica, risale indietro di oltre due secoli alle origini della rivoluzione industriale. A partire dagli anni Sessanta del XX secolo è stata avvertita con forza la consapevolezza che la spinta incessante verso la crescita economica, come costante della dinamica delle società industriali avanzate, impone l'esigenza della conservazione dell'ambiente come problema centrale di sopravvivenza dell'umanità intera. Questa consapevolezza si è tradotta, sul terreno costituzionale, in una graduale estensione degli obiettivi e dei compiti pubblici, ciò che ha condotto a ricomprendersi, accanto a quelli tradizionali, corrispondenti alle prime due generazioni dei diritti (garanzia della pace e della sicurezza, legalità dell'azione dei pubblici poteri, organizzazione democratica dei poteri, assistenza e previdenza sociali), quelli connessi alla protezione dell'ambiente e delle condizioni naturali dell'esistenza. Questa linea di tendenza ha acquistato un significato che trascende puntuali innovazioni del diritto costituzionale positivo, per investire i fondamenti teorici dello stato costituzionale contemporaneo, giacché il rilievo costituzionale della questione ambientale, così come, nel secolo precedente, quello della questione sociale, e l'ancoraggio costituzionale delle finalità di protezione dell'ambiente delineano un nuovo livello di legittimazione delle costituzioni contemporanee. Più in generale, i diritti della terza generazione rivelano un'attenzione crescente delle carte costituzionali ai temi della protezione della qualità della vita, della integrità del patrimonio naturale e genetico dell'umanità contro i rischi di distruzione e di manipolazione indotti dal progresso energetico e dallo sviluppo delle biotecnologie. L'esortazione di Hans Jonas, affinché le conseguenze dei comportamenti individuali risultino sempre compatibili con la permanenza sulla terra della vita umana, proiettandosi dal piano dell'etica individuale su quello dell'etica collettiva, si è tradotta nel rilievo costituzionale del principio della *responsabilità verso le generazioni future*. Si tratta di sviluppi non privi di aspetti problematici, poiché l'attualizzazione della traduzione a livello costituzionale del «principio responsabilità» richiede di cristallizzare la rinuncia all'uso delle risorse naturali in una prospettiva che oltrepassa la durata della vita delle generazioni presenti. La sfida che tali norme costituzionali pongono, ma allo stesso tempo le difficoltà, che da queste scaturiscono in relazione alla dogmatica tradizionale dei diritti fondamentali, derivano dal tentativo delle costituzioni di trasporre sul piano giuridico l'eti-

ca della responsabilità verso le generazioni future, ma perciò stesso di chiedere troppo nel presente ai membri di una collettività, legittimando, in situazioni contingenti di rischio, limitazioni durevoli delle condizioni di vita.

A partire dagli anni Ottanta, la Corte costituzionale italiana ha affermato frequentemente, nonostante l'assenza di puntuali agganci testuali della Carta costituzionale, la rilevanza dell'interesse ambientale, per la sua finalità di protezione di valori costituzionali primari (artt. 9 e 32 Cost.) (Corte cost. nn. 167, 191 e 210/1987, 39 e 151/1986, 94 e 359/1985). Essa ha configurato il diritto all'ambiente come sintesi, in una visione globale e integrata, di una pluralità di aspetti e di valori che attengono ad interessi non solo naturalistici e sanitari, ma culturali, ricreativi, educativi e di partecipazione (Corte cost. nn. 302 e 356/1994, 1029/1988, 407 e 536/2002, 226 e 227/2003), ed ha inoltre riconosciuto che la prevalenza dell'interesse medesimo possa giustificare limitazioni del diritto di proprietà (art. 42 Cost.) e della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) (Corte cost. n. 617/1987), assicurando in tal modo l'operatività del diritto all'ambiente anche nei rapporti interprivati.

3. «Varianti» e «invarianti» della storia dei diritti costituzionali fra storia, teoria generale e dogmatica

Il quadro che ho tracciato non deve indurre alla conclusione che lo sviluppo storico dei diritti nel costituzionalismo sia approdato finalmente, in un itinerario di progresso ininterrotto, al completo appagamento delle svariate domande di libertà che sono emerse nel tempo dalla società, e che si viva oggi, come in una grigia stagione di «fine della storia», in un mondo completamente pacificato dall'universalismo dei diritti. Al contrario, nuovi e più profondi squilibri e nuove forme di esclusione ripropongono quotidianamente in modo drammatico gravi situazioni di sistematica violazione dei diritti umani anche in società che si credevano eticamente e politicamente immuni da ciò. La vicenda dei diritti costituzionali è storia non di armonia e di ordine sociale, ma di contestazione delle gerarchie sociali, è storia di lotte, di antagonismi, di conflitti spesso laceranti, con i quali è giocoforza misurarsi. Se ciò rende rischioso e difficile per il costituzionalista elaborare «invarianti», come anche aderire alla conclusione, ispirata da un fiducioso storicismo, che «nell'urto delle libere competizioni umane non sopravvive che ciò che è degno di vivere» e sempre «la libertà trionfa dei propri avversari» (G. DE RUGGIERO), non gli impedisce peraltro di individuare, nello sviluppo storico dei diritti, alcuni «luoghi» teorici ricorrenti, che possono costituire altrettanti percorsi di ricerca all'interno di esso.

Un primo filone è quello del fondamento giusnaturalistico dei diritti, i cui itinerari, a partire dalla fine del XVIII secolo, si confondono con quelli della costituzionalizzazione dei diritti, o meglio confluiscono in questi, scorrendovi in modo sotterraneo, ma lasciandovi tracce persistenti. Non può passare inosservato che le grandi campate della sistemazione lockiana dei diritti naturali alla vita,

alla libertà ed alla proprietà continuano a identificare alcuni beni primari, ai quali restano ancorate anche le più recenti carte dei diritti umani. Né può essere trascurato che, nell'elaborazione teorica sui diritti dalla fine della seconda guerra mondiale in avanti, il riferimento all'immagine dell'uomo sottesa dai cataloghi dei diritti rinvia pur sempre ad una dimensione prestatuale, radicata nella «natura dell'uomo», che lo stato è chiamato a rispettare. Differente è la premessa antropologica dell'immagine dell'uomo che viene evocata, secondo un ventaglio di opzioni che ha fatto leva, di volta in volta, su una concezione pessimistica o ottimistica, socievole o aggressiva, governata dagli istinti o normativamente orientata, della natura umana. Comune è il presupposto che l'immagine dell'uomo è costruita su alcuni beni primari della vita, cui corrispondono diritti universalmente riconosciuti come meritevoli di tutela (alla vita, all'alimentazione, all'abitazione, alla procreazione, al rispetto, ecc.).

Un secondo filone è quello che, percorrendo un itinerario inverso rispetto al precedente, muove dal processo di costituzionalizzazione dei diritti ereditati dalla tradizione del giusnaturalismo, per riconoscere in un «legislatore» non solo la fonte di puntuali istituti di protezione, ma il fondamento stesso dei diritti. Tale filone condivide originariamente con quello di derivazione giusnaturalistica, come testimonia la lezione kantiana, la forte sottolineatura del richiamo alla dignità dell'uomo, all'idea dell'uomo come «scopo in se stesso» (*Zweck an sich selbst*) e mai come semplice «mezzo», assunta come base della legge razionale universale e ad un tempo del potere sovrano. Se ne distacca per il rilievo che assume in esso il diritto come strumento e come garanzia della libertà nella sfera «esterna» dell'interazione fra gli individui. Se dunque, ripercorrendo ancora i principali passaggi della elaborazione kantiana, la libertà del soggetto ha come base un'immagine dell'uomo che a questo assegna un valore assoluto, e se, d'altra parte, la funzione del diritto è quella di rendere possibile il coordinamento fra «arbitri» individuali naturalmente predisposti al conflitto, ne consegue che la libertà non è «spazio vuoto di diritto» (*rechtsleerer Raum*), ma tensione del soggetto ad uniformarsi ad una legge e ad autodeterminarsi in conformità ad essa. In questa cornice, il diritto posto da un legislatore sovrano assume un ruolo essenziale, come condizione della garanzia dell'autonomia del soggetto e della sua indipendenza dall'arbitrio degli altri. Non può negarsi peraltro che, se nel pensiero kantiano valore assoluto del soggetto, positività della competizione e «ordine garantito dalla coattiva ed irresistibile volontà del sovrano» si connettono indissolubilmente (P. COSTA), questo nesso si sarebbe spezzato nel XIX secolo con l'affermazione del giuspositivismo statualista, con la completa remissione degli spazi della libertà individuale al diritto posto dal legislatore e con l'assorbimento dei diritti nelle dinamiche dello «stato di legislazione». Ma questo filone si diramerà, dopo la crisi dello stato liberale, lungo itinerari profondamente differenti. Da un lato, nella riflessione kelseniana, in quanto essa, muovendo dalla identificazione dello stato con un sistema di norme, smantella l'aporia di uno stato «potente» ed allo stesso tempo autolimitantesi, ed in quanto la costruzione

gradualistica dell'ordinamento, ponendo le basi del primato della costituzione, spezzava altresì il nesso fra sovranità e legge parlamentare. Dall'altro, negli indirizzi che, nello sforzo di costruire un «*Verfassungsrecht ohne Naturrecht*» e di liberare il diritto costituzionale dalla fissità delle premesse del giusnaturalismo razionalista, hanno elaborato teorie della costituzione che rinviano al «contesto», poiché ne hanno saldamente impiantato la forza normativa in tavole di valori le quali affondano le radici nella società, nel suo sostrato pluralistico, nel suo tessuto storico-spirituale o nelle sue caratteristiche «culturali» (R. SMEND, K. HESSE, P. HÄBERLE).

Un terzo filone segue la tensione dialettica fra concezioni oppositive e concezioni integrative dei diritti, che, sebbene oggetto di controversie teoriche solo a partire dall'esperienza della Costituzione di Weimar, attraversa come un filo rosso la storia del costituzionalismo, evidenziando antinomie che si sono rivelate in questa come fondamentali. Le une muovono dalla premessa della collocazione «esterna» della società rispetto all'apparato di potere, e di volta in volta hanno posto l'accento sul carattere essenzialmente antagonista dei diritti. Intesi dapprima come rivendicazioni corporative (di ceti, ordini privilegiati, città) contro un'autorità politica superiore, e poi, nella prima fase dell'età del costituzionalismo liberale, come situazioni soggettive chiamate a presidiare il valore assoluto dell'individuo rispetto alla società politica: «diritti pre- e sovrastatali del singolo», espressione di un «processo che sempre sospinge *the man versus the state*», diritti che esistono «non in ragione delle leggi o entro la limitazione della legge, ma indicano il margine in linea di principio incontrollato della libertà individuale» (C. SCHMITT). Se dunque, per tali concezioni, il profilo della «difesa» dell'individuo dagli attacchi portati «dall'esterno» alla sua fera di libertà identifica l'unica plausibile direzione di senso della tutela dei diritti, nelle concezioni «ordinamentali» prevale un approccio che studia i diritti per coglierne la valenza sistemica, in quanto elementi costitutivi dell'ordinamento e fattori qualificanti della forma di stato. Ponendosi in questa prospettiva, lo studio dei diritti deve farne emergere anzitutto le potenzialità come aspetti fondanti dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso e come collante della comunità statale, ed indirizzare l'interprete verso un processo argomentativo che dalla costituzione *als Ganzes* ritorna poi ai singoli disposti costituzionali sui diritti per illuminarne il significato e per collocarli all'interno del sistema di valori che ad essa è sottostante.

Secondo la versione più profonda e suggestiva di questo approccio, sviluppata dalla *Integrationslehre* di Rudolf Smend, lo studio dei diritti deve andare al di là dell'esegesi dei singoli disposti costituzionali, per portare alla luce gli antagonismi di fondo delle diverse concezioni di teoria della costituzione. Muovendo dalla premessa che un ordinamento costituzionale esprime anzitutto un «sistema culturale», che peraltro nelle democrazie pluralistiche non è monolitico, ma comprende anche «valori minoritari» e «compromessi», Smend osserva che la ragione della crescita di rilievo sistematico dei *Grundrechte* non risiede nella maggiore tutela delle minoranze contro i pericoli dell'assolutismo della maggio-

ranza parlamentare, come vorrebbe un'interpretazione di stampo liberale della costituzione. Ciò perché i diritti fondamentali, proprio in quanto trascendono una dimensione puramente antagonista, sono venuti ad assumere nelle costituzioni democratiche la stessa funzione costitutiva che in passato era assicurata dal principio monarchico. Se infatti un'interpretazione liberale dei diritti, come mere limitazioni del potere statale, appariva coerente con assetti nei quali l'individualità dello stato era simbolizzata e rappresentata anche nella sua «irrazionale pienezza» nei confronti della società, il venir meno di questa compattezza e l'ingresso prepotente della società nella costituzione non ha fatto venir meno un'esigenza di unità, in quanto anche «una democrazia non vive di relativismo», ma fonda «una comunità di popolo» che, attraverso il diritto, ritrova l'unità identificandosi in valori materiali di integrazione. Seguendo questa traccia, Smend finisce per riconoscere ai *Grundrechte* la medesima funzione integrativa degli elementi simbolici dello stato (inni, bandiere, ecc.), con un valore che peraltro trascende la mera rappresentazione simbolica dell'unità, in quanto essi descrivono («formulano») tale unità, svelando in tutta la loro pregnanza una funzione integrativa e costitutiva dell'ordinamento nel suo complesso. Capovolgendo la premessa delle concezioni antagonistiche, Smend conclude che i diritti non debbono essere considerati pertanto come limiti, ma come fattori di rafforzamento del potere statale, i cui atti sono tanto «più rispettati» in quanto danno attuazione ad essi, conferendo a tale potere legittimazione effettiva.

4. *Contrattualismo, neocontrattualismo e «libertà eguale»*

Un quarto filone, quello che assume l'idea di un contratto sociale come giustificazione del legame che unisce gli individui nella comunità politica, attraversa anch'esso la vicenda storica dei diritti costituzionali, con la quale condivide il radicamento nei fondamenti filosofici dell'individualismo moderno. Il legame fra contrattualismo e diritti merita un esame più diffuso, perché con esso il tema della «libertà eguale» presenta interferenze ed interrelazioni problematiche, ma in ogni caso significative. Nelle sue originarie elaborazioni, il contrattualismo aveva teorizzato una giustificazione razionale dell'obbligazione politica, formulata in chiave prescrittiva e basata su una concezione astratta dell'accordo fra individui immaginati in una posizione di formale eguaglianza ed assunti come avulsi dagli «accidenti» della loro reale collocazione nel contesto sociale. In questo senso, il contrattualismo per un verso si contrappone alle fondazioni teoriche dei diritti elaborate dagli utilitaristi, le quali, collegando le *chances* di sviluppo della personalità alla massimizzazione dell'utile individuale, rendono irresolubile la tensione fra sviluppo delle energie individuali e responsabilità sociale. Per altro verso il contrattualismo, muovendo dall'assunto della parità formale dei contraenti, è potuto approdare, in alcune delle sue versioni teoriche, alla completa divaricazione fra libertà ed eguaglianza materiale.

E tuttavia, se si considera tale filone di pensiero come una invariante, o in una dimensione diacronica che attraversa l'intera vicenda storica dei diritti, non può dirsi che l'approccio contrattualistico abbia rappresentato *tout court* un impedimento al tentativo di armonizzare le istanze della libertà con quelle della giustizia, e che esso tracci un itinerario non più percorribile nell'epoca nella quale le costituzioni del pluralismo sono state chiamate in misura crescente a misurarsi con le domande di libertà eguale emerse con forza dalle trasformazioni della società. Non è casuale che il tentativo più raffinato e complesso, intrapreso da Rawls, di costruire una teoria della giustizia come «equità», abbia utilizzato proprio il paradigma del contratto sociale per riformulare una concezione liberale dei diritti e delle libertà fondamentali, all'interno della quale vengono collocati principi costitutivi di giustizia sociale, i quali consentono solo le disuguaglianze di reddito e di ricchezza che andrebbero a beneficio dei meno avvantaggiati. Né è casuale, perché anzi sottolinea la peculiarità di una teoria del contratto sociale che ha ritenuto concettualmente rilevanti le concrete disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza, che essa abbia suscitato la critica sia di chi vi ha rintracciato l'astutezza del contrattualismo classico (J. HABERMAS), sia di chi, al contrario, le ha imputato la contraddizione di voler piegare l'idea della priorità della libertà sull'eguaglianza alla comprensione delle dinamiche del *Welfare state* (R. NOZICK).

Il pensiero rawlsiano rivela emblematicamente la continuità dell'approccio contrattualistico nella riflessione sulla fondazione dei diritti, in una prospettiva che sposta peraltro l'obiettivo dal tema della legittimazione dell'obbligazione politica, centrale nelle elaborazioni teoriche del contrattualismo classico, su quello della giustizia sociale, o più esattamente della «giustizia come equità». Da un lato, infatti, Rawls sembra muoversi in sintonia con i precedenti teorici del contrattualismo moderno, allorché pone alla base dei «principi di giustizia» un accordo originario fra «persone razionali, che intendono promuovere i propri interessi, per definire i termini fondamentali della loro associazione in una posizione di eguaglianza». In quanto «situazione puramente ipotetica» che utilizza «l'idea della giustizia procedurale pura», la «posizione originaria ... è uno stato di cose in cui le parti sono rappresentate in modo eguale come persone morali, ed in cui il risultato non è condizionato da contingenze arbitrarie o dall'equilibrio relativo delle forze sociali». Il «velo di ignoranza», dietro il quale le parti si assumono situate, consente per l'appunto di «azzerare gli effetti delle contingenze particolari che mettono in difficoltà gli uomini e li spingono a sfruttare a proprio vantaggio le circostanze naturali e sociali». Solo ipotizzando l'ignoranza sui «fatti contingenti che le oppongono l'un l'altra», e precisamente il «velo di ignoranza» sulla conoscenza del proprio posto nella società, della posizione di classe e dello *status* sociale, della fortuna nella distribuzione delle doti e delle capacità naturali, le parti saranno «obbligate a valutare i principi soltanto in base a considerazioni generali», ciò che è ritenuto condizione indispensabile, in società altamente differenziate, per produrre «accordi giusti» e correggere «l'arbitrarietà del mondo».

Nello svolgimento del pensiero rawlsiano, peraltro, la consapevolezza che la teoria costituzionale dei diritti e del pluralismo debba misurarsi con l'«arbitrarietà del mondo», che è evidentemente anche quella segnata dai conflitti e dalle ineguaglianze, acquisterà crescente risalto. Sebbene critiche convincenti abbiano messo a fuoco la «staticità» della «posizione originaria», in quanto essa tende a sottovalutare le strutture sociali da cui traggono origine le relazioni asimmetriche di potere che sono alla base delle ingiustizie distributive, o in quanto essa trascura di affrontare il problema delle diseguaglianze di fatto determinatesi nella distribuzione «iniziale» delle risorse (A. HELLER, W. KYMLICKA), occorre riconoscere che, nella versione di Rawls, l'idea del contratto sociale si rivela come un paradigma più duttile di quanto lasci immaginare l'assunto iniziale della «posizione originaria». Un paradigma capace di dispiegare almeno parzialmente potenzialità inedite, sia quanto alla sua associabilità all'idea dell'eguaglianza materiale, che le risalenti teorie contrattualistiche di ispirazione liberale avevano reso problematica, sia quanto alla sua compatibilità con il pluralismo, la relazione con il quale il contrasto fra Rousseau e Montesquieu aveva radicalizzato.

Quando infatti Rawls, già nella fondamentale *Teoria della giustizia*, trasferisce la sua elaborazione sul terreno delle istituzioni, la parità dei contraenti protetta dal «velo di ignoranza» sfocia in una articolata proposta di teoria costituzionale, secondo la quale la priorità della libertà sull'eguaglianza viene temperata da una seconda regola di priorità (della giustizia sull'efficienza e sul benessere), con l'obiettivo di giustizia sociale di «massimizzare il valore che ha per i meno avvantaggiati lo schema globale della eguale libertà condivisa da tutti». Parallelamente, il principio della eguaglianza delle opportunità, in base al quale ciascuno ha «un eguale diritto al più ampio sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti» e «le ineguaglianze economiche e sociali devono essere collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità», viene temperato dal «principio di differenza», indirizzato al «più grande beneficio dei meno avvantaggiati» e ad «accrescere le opportunità di coloro che ne hanno di meno». Sebbene a sua volta corretto da un'istanza di compatibilità con il principio del «giusto risparmio», il principio di differenza sembra peraltro giustificare le politiche del *Welfare state*, indirizzando le politiche pubbliche verso interventi redistributivi con l'obiettivo di ridurre le diseguaglianze sociali.

Per altro verso, la preoccupazione di Rawls, che l'assunzione da parte dei contraenti di punti di vista unilaterali o totalizzanti («comprensivi», secondo la terminologia dell'autore) possa frustrare le ragioni e gli esiti dell'accordo, costituirà, nella elaborazione successiva del suo pensiero, il punto di partenza ed il nucleo centrale di una teoria costituzionale del «liberalismo politico», che consentirà all'autore di superare l'antico steccato fra teoria del contratto sociale e pluralismo. Nelle pagine conclusive di *A Theory of Justice*, Rawls opponeva alle critiche mosse all'astrattezza della «posizione originaria» una prospettiva che era già *in nuce* «pluralistica». «Senza fondere tutte le persone in una sola, ma rico-

noscendole come distinte e separate», la posizione originaria, egli osservava, «mette in grado di essere imparziali», poiché «vedere il nostro posto nella società dalla prospettiva di questa posizione» permette a ciascuno di assumere in definitiva la concezione più larga e più aperta nella relazione con gli altri, ed anzi di «considerare la situazione umana non solo da tutti i punti di vista sociali, ma anche da tutti quelli temporali». Ed invero la posizione originaria «è una certa forma di pensiero e di sentimento che le persone razionali possono adottare in questo mondo»: essa non è, in breve, «la prospettiva di un posto fuori dal mondo», né quella di un individualismo chiuso ed egoistico, ma è l'unico punto di vista capace di abbracciare la comprensione delle ragioni e delle *Weltanschauungen* degli altri.

Questa prospettiva condurrà Rawls negli anni Novanta ad individuare nel «consenso per intersezione» sulle idee «della società come equo sistema di cooperazione, o dei cittadini come persone ragionevoli, razionali, libere ed eguali» l'anello di congiunzione fra il contrattualismo della teoria della giustizia come equità ed il pluralismo di *Political Liberalism*. In questa fase del suo pensiero, la prospettiva di Rawls si fa «politica», nel senso di puntare all'elaborazione di una teoria della giustizia che opera su valori politici, lasciando sullo sfondo concezioni morali, filosofiche o religiose «comprehensive» e (applicando la coppia della «poliarchia» di Dahl) intrinsecamente «esclusive». Muovendo dalla premessa che gli ordinamenti di democrazia pluralistica favoriscono la coesistenza di una pluralità di dottrine diverse ed incompatibili, il liberalismo politico prende atto del «fatto del pluralismo ragionevole», dell'esistenza di una «pluralità di dottrine comprehensive non irragionevoli» e contrastanti, le quali possono sottrarsi all'isolamento o all'autoreferenzialità derivanti dalla loro «comprendività» attraverso il consenso su un nucleo di valori politici, ed imperniare la loro convivenza nel «consenso per intersezione» che si realizza fra queste sulla «cultura politica pubblica di una democrazia». Una «concezione politica» condivisa, proprio nella misura in cui riesce a circoscrivere un'area di coincidenza (*overlapping*) fra dottrine contrastanti, è il «centro focale del consenso per intersezione», il quale opera pertanto come fattore di riduzione del «conflitto fra valori politici e non politici».

L'approdo del pensiero rawlsiano alla teoria del «consenso per intersezione» dimostra le capacità di adattamento e l'attualità delle chiavi di lettura offerte dal paradigma contrattualistico, ma mette allo scoperto altresì il punto di grave tensione, cui esso può giungere, allorché venga chiamato a misurarsi con il «fatto del pluralismo irragionevole» di dottrine non solo «comprehensive», ma chiuse del tutto alla condivisione di principi politici di riconoscimento, perché ciò tende a mettere in discussione proprio la premessa dell'accordo fra contraenti come base della comunità politica. Qui infatti sembra emergere in Rawls, insieme ad una grande fiducia nell'efficacia stabilizzante e razionalizzatrice delle «istituzioni» del liberalismo politico, non solo il fondo prescrittivo della prospettiva del contrattualismo classico, ma anche una certa debolezza di questo approccio nell'a-

dattarsi alla comprensione dei problemi talvolta drammatici di integrazione nelle società plurali contemporanee: una prospettiva che sembra peraltro rimanere ferma anche nell'ultima fase della riflessione rawlsiana (*The Law of Peoples*), segnata dal tentativo di trasferire le sue elaborazioni teoriche dal piano delle relazioni fra gli individui a quello delle relazioni fra i «popoli», nello sforzo di individuare i principi di una società di «popoli liberali ragionevoli» o di «popoli decenti». Se «il fatto del pluralismo ragionevole non è una condizione sfortunata della vita umana», ciò si potrebbe dire invece «del pluralismo in quanto tale, il quale ammette dottrine non solo irrazionali, ma folli e aggressive». Ma di fronte al muro della «non-ragione esistente», le virtualità del «consenso per intersezione» sembrano arrestarsi, proprio in quanto esso, in coerenza con i suoi presupposti contrattualistici, è solo «il risultato del libero esercizio della libera ragione umana in condizioni di libertà».

5. La dogmatica dei diritti fondamentali al vaglio della storia. La vicenda del diritto soggettivo

Le grandi scansioni della storia dei diritti costituzionali ed i passaggi centrali della riflessione teorica, che la ha accompagnato, hanno esercitato un'influenza profonda sulla formazione degli apparati concettuali che sono stati elaborati dalla scienza giuridica intorno ai disposti costituzionali in tema di diritti. Sebbene, infatti, nello studio della dogmatica giuridica, l'attenzione ai procedimenti logico-deduttivi che, muovendo da un dato ordinamento positivo, conducono all'elaborazione di un «sistema» di concetti, abbia frequentemente oscurato la consapevolezza del contesto storico-culturale nel quale il tentativo sistematico si iscrive, sembra innegabile che tale approccio comporti un duplice rischio: quello di immobilizzare nel tempo le operazioni ricostruttive della scienza giuridica, utilizzate come astrazioni avulse dalle trasformazioni storiche degli ordinamenti, e quello, concorrente, di privare la dogmatica giuridica della funzione di osservatorio privilegiato delle ragioni di ordine storico ed ideologico che ad essa sono sottese.

È significativo che la formazione di questo apparato concettuale da parte della scienza giuridica abbia preso le mosse dall'affermazione della categoria del «diritto soggettivo», inteso come assoluta signoria della volontà del soggetto, un'idea che è il prodotto del giusnaturalismo razionalista del XVIII secolo. Ma è parimenti emblematico che la fase centrale di essa sia poi sostanzialmente coincisa, nel secolo successivo, con gli itinerari della costruzione della sovranità statale, con la parallela «riscoperta del diritto obiettivo» ed il conseguente capovolgimento della centralità dei diritti del soggetto, o più precisamente con lo sforzo di ricondurre tali diritti nella cornice del diritto statale. Si intravedono certo con chiarezza, sullo sfondo di questo itinerario, snodi fondamentali, o «invarianti», della storia dei diritti, la quale ha visto balzare in primo piano ora

l'istanza individualistica, il soggetto con il suo bagaglio di attributi che derivano dal suo valore assoluto, ora quella «organica», di volta in volta rappresentata dall'organismo statale, dalla società, o da una costituzione che inquadra i diritti in una cornice di tavole fondamentali della convivenza. Ma sarebbe ingenuo concludere che le raffinate elaborazioni sistematiche della scienza giuridica europea, e soprattutto tedesca, del XIX secolo, con il loro ampio corredo ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive (diritto, obbligo, capacità, potere, pretesa, *status*, ecc.), indissolubilmente legato ai presupposti del liberalismo giuridico ottocentesco, siano riproponibili in maniera acritica anche all'interno di un quadro costituzionale profondamente mutato. In breve, se tutto ciò spinge a far luce sulla storia dei dogmi giuridici, occorre riconoscere che la comprensione di questi non può aggirare l'ostacolo delle loro origini e dei loro antecedenti, «che non sono logici, ma storici, che non sono tecnici, ma ideologici» (R. ORESTANO).

Qualora si ritenga necessario risalire allora a tali antecedenti, si dovrà rimarcare come la configurazione della «libertà dei moderni» nel costituzionalismo liberale della prima metà del XIX secolo abbia legami stretti con la genesi dell'idea del diritto soggettivo come potere della volontà del soggetto nel giusnaturalismo razionalista. Non soltanto perché è comune all'una ed all'altra il presupposto, quello della centralità dell'individuo e di concepire il «diritto» in funzione di questo, ed anzi di «considerarlo come l'insieme dei diritti a lui spettanti» (R. ORESTANO). Ma soprattutto perché le rivoluzioni borghesi e le lotte combattute dalla borghesia per liberare la società dalle pastoie degli ordinamenti dell'*Ancien Régime* conferirono originariamente ai diritti di libertà una connotazione antagonista nei confronti dello stato e del suo diritto positivo, la quale si affermò con tanta più forza, quanto più l'individuo, isolato e privo oramai della protezione dei vecchi corpi intermedi e delle strutture cetuali, era percepito come più esposto alla sopraffazione da parte dei grandi aggregati statuali. Se in seguito l'originaria opposizione fra individuo e stato si convertirà nell'armonia fra le ragioni dell'uno e quelle dell'altro, ciò fu il risultato del consolidamento degli assetti dello stato liberale, edificati come strumento precipuo di protezione dell'ordine borghese. Ma ciò comportò anche la necessità di coniugare l'idea del diritto soggettivo, *topos* basilare della libertà individuale, con l'affermazione di «un ordine oggettivo più o meno incombente sull'individuo» (R. ORESTANO). Su queste basi si impiantano, nel pensiero della scuola storica, l'aggancio dell'idea del diritto soggettivo a quella di un «ordine» nel quale quella deve trovare collocazione, e poi, nelle elaborazioni della pandettistica, la configurazione del diritto soggettivo come il risultato del riconoscimento e della protezione assicurati dal diritto dello stato. E su queste stesse basi nasce infine l'idea di un «sistema» dei diritti, che la giuspubblicistica tedesca della seconda metà del XIX secolo avrebbe sviluppato e perfezionato, e che era peraltro perfettamente coerente con la prevalenza di una visione oggettivistica dell'ordinamento sull'originaria premessa individualistica.

È certamente incontestabile che il tentativo di armonizzare i principi del costituzionalismo liberale con la costruzione del diritto pubblico dello stato nazionale in Europa abbia comportato il progressivo abbandono dell'idea di diritti «originari» dell'individuo e la parallela affermazione dell'assunto che la sfera di libertà individuale sia riconducibile al riconoscimento del diritto positivo, e che tale processo sia stato preparato, a cavallo fra il XVIII ed il XIX secolo, dalle elaborazioni del criticismo kantiano, dell'idealismo, del romanticismo politico, dello storicismo, tutte correnti culturali che, in varia guisa, avevano condotto alla progressiva rivalutazione del diritto «posto» da un soggetto sovrano del gruppo, della società, della nazione, dello stato. Così come occorre parimenti ricordare che alla sistemazione delle categorie fondamentali dello statualismo nella seconda metà del XIX secolo non può dirsi estranea l'influenza della coeva sociologia positivista, egualmente incline a valorizzare la dimensione collettiva rispetto a quella individuale. Ma soprattutto, la fortuna che, nella dogmatica dei diritti, ha accompagnato la formula che tende ad identificare (e ad esaurire) la sfera della libertà nell'«esser lecito agire» per il perseguimento di un interesse del soggetto (*agere licere*), non può affrancare dall'onere di storicizzare, né deve indurre a trascurare il radicamento di questa ricostruzione dei diritti di libertà non solo nelle giustificazioni profonde del positivismo legalistico, ma prima ancora nelle istanze di libertà di cui il liberalismo giuridico ottocentesco si fece interprete, e che si identificavano (e si esaurivano) essenzialmente nella predisposizione delle condizioni legali che dovevano favorire il libero dispiegamento delle energie sprigionate dalla società borghese.

In conclusione, lo stesso capovolgimento di prospettiva, che ha segnato l'elaborazione della categoria del diritto soggettivo, può offrire spunti suggestivi ai fini della comprensione storica, solo a condizione di rifuggire da generalizzazioni astratte, e di essere consapevoli che l'itinerario che, fra il XVIII ed il XIX secolo, gradualmente separa l'idea del diritto soggettivo dalle sue origini giusnaturalistiche ed antagonistiche nei confronti del potere statale, per ricondurla entro l'alveo dell'ordinamento identificandola con la sfera del giuridicamente lecito, non è sovrapponibile con quello che, nello stato costituzionale contemporaneo, radica il riconoscimento dei diritti in un'«immagine» dell'uomo «prestatuale», ma che incastona poi i diritti costituzionali nelle opzioni e negli orientamenti basilari della costituzione, ed anzi li qualifica come «fondamentali», proprio perché «costitutivi» dell'ordinamento costituzionale complessivo. Evidentemente diverse sono, ripercorrendo i due itinerari, l'idea di libertà che li impronta e li alimenta, la visione della società che essi presuppongono, e la funzione che la costituzione vi ha svolto. Giacché il primo dei due itinerari era finalizzato a delimitare gli spazi di libertà della società civile borghese «contro» un potere statale che ne doveva restare «separato», ma che era chiamato a proteggerne l'egemonia. Il secondo ha dovuto assicurare risposte a inedite domande di diffusione e di effettività degli spazi di libertà di una società non più omologabile secondo il canone dell'omogeneità della sfera

pubblica borghese, e che affida peraltro alla costituzione, oltre che il ruolo tradizionale di strumento di limitazione del potere, una funzione di legittimazione del potere e «prestazioni» costitutive di unità politica (K. HESSE).

6. *Le trasformazioni dello stato costituzionale e le sfide alla dogmatica dei diritti fondamentali*

Questo processo di trasformazione ha investito in pieno l'elaborazione dogmatica dei diritti sviluppatasi nella cornice degli assetti dello stato liberale ottocentesco. La costruzione in «sistema» dei diritti pubblici soggettivi, che ha rappresentato l'approdo più raffinato ed insieme il canto del cigno del liberalismo giuridico ottocentesco, rispecchiava infatti una visione dell'ordine sociale che aveva identificato nello stato «il vertice gerarchico dell'intera società». Venuta meno «l'antica pretesa di ordine della sfera politica», a causa della crescente complessità e differenziazione dei sistemi sociali, che hanno prodotto inedite «tensioni» e «ricchezza di alternative in tutte le sfere della società», la dogmatica dei diritti fondamentali si è trovata stretta «tra vecchie verità e nuove più complicate realtà» (N. LUHMANN).

La transizione, che è emblematicamente rappresentata dall'elaborazione della letteratura weimariana, dalla sistematica dei diritti pubblici soggettivi a quella dei diritti fondamentali, esprime non il disorientamento della scienza giuridica dinanzi al crollo delle consolidate certezze del giuspositivismo statualistico, ma la presa di coscienza che, per effetto di profonde trasformazioni del contenuto e della funzione delle costituzioni, i diritti sono anzitutto la traduzione in principi costituzionali degli «ultimi e più alti contenuti di senso» che costituiscono il connettivo di un ordine sociale differenziato e pluralistico (N. LUHMANN). Ne è stata tratta la conseguenza che tutta l'elaborazione dei diritti, proprio in quanto essi sono connessi intimamente con i contenuti di valore che sono il «fondamento» delle costituzioni, non può più essere condotta esclusivamente sul metro del testo costituzionale, poiché essa richiede di aver sempre presente, in una stretta interrelazione fra il criterio testuale e la ricerca degli orientamenti e dei principi fondamentali, una visione generale dell'assetto costituzionale e dei suoi contenuti fondanti (P. HÄBERLE).

A questo nuovo approccio sistematico dei «diritti fondamentali», che muove dall'incardinamento di essi in una visione complessiva della costituzione (*Verfassung als Ganzes*), il contributo più rilevante è venuto dalla teoria dell'integrazione di Rudolf Smend. Da essa proviene la proposta di ricostruire i diritti fondamentali sulla base della loro funzione come «fattori di integrazione», ed il relativo catalogo come una concatenazione di contenuti materiali della costituzione, la cui compattezza deriva dall'essere essi espressione di un «sistema culturale di valori». Questo approccio, proprio in quanto fondato su una visione scientifico-spirituale del diritto costituzionale, pone la scienza giuridica dinanzi al nuovo compito, che ne

connota peraltro la specifica legittimazione, di dotarsi di canoni interpretativi dei diritti fondamentali, coerenti con la premessa che questi traggono alimento da un contesto storico-culturale. Si avverte chiaramente, in questi passaggi della *geistwissenschaftliche Wende* della dottrina smendiana dei diritti fondamentali, il distacco dal pensiero giuspositivista: alla tesi che nell'ordinamento non fosse plausibile rintracciare che un solo diritto fondamentale, quello alla omissione di costrizioni illegali da parte dei poteri pubblici, si contrapponeva quella che i *Grundrechte* costituiscono la componente più caratterizzante del diritto costituzionale. Sotto questo profilo, il dibattito weimariano ha segnato una svolta fondamentale nell'elaborazione dei diritti costituzionali, e l'idea che i diritti siano il fondamento dell'assetto costituzionale, dopo la conclusione della parentesi totalitaria della prima metà del Novecento, è divenuta acquisizione sostanzialmente indiscussa del patrimonio costituzionale europeo e della giurisprudenza delle corti costituzionali, ed ha ispirato le successive elaborazioni teoriche sulla «multidimensionalità» dei diritti, sulle quali avrò modo di soffermarmi più avanti.

Ma è stato agevole cogliere anche, in questa svolta ricostruttiva, elementi di contraddizione e di ambiguità. Per un verso, come fu rilevato da alcuni fra i suoi critici più acuti (C. SCHMITT, R. THOMA), si avverte in essa parimenti, nella sottolineatura così forte delle compatibilità sistemiche che avvolgono l'impianto dei diritti, la distanza dalle concezioni antagonistiche dei diritti che erano state il prodotto dell'età del costituzionalismo, una distanza imputabile, sul piano culturale, ad un eccesso di organicismo pari, se non forse superiore a quello sotteso alla dogmatica statualista dei diritti pubblici soggettivi. L'apertura del sistema dei diritti alla società ed il suo incardinamento nei valori storico-culturali di cui questa è portatrice sconterebbero pertanto il prezzo alto di una concezione dei diritti che ne enfatizza la compattezza (*Geschlossenheit*) come presupposto irrinunciabile della conservazione di un suo impianto sistematico. Nata e profondamente influenzata dal clima politico e culturale della Germania degli anni di Weimar e percorsa così tanto da una sorta di organicismo armonizzatore, la concezione integrazionista dei *Grundrechte* farebbe scolorare le ragioni del conflitto, dell'opposizione, del dissenso, che sono un fattore irrinunciabile della vitalità di un assetto che si fonda sul «principio libertà», per riassorbirle nel rassicurante contemperamento dei valori costituzionali. Ispirata dall'intento di imbrigliare nella capacità di integrazione della costituzione la conflittualità sociale, tale concezione sarebbe apparsa, da un lato, troppo compatta per dare un supporto teorico di assetti costituzionali chiamati a garantire il dispiegamento di molteplici domande di libertà, in particolare di quelle maturate all'interno di linee di frattura non riconducibili alla rappresentanza politico-partitica ed a quella degli interessi organizzati; e dall'altro troppo dinamica e troppo vischiosa per assicurare la protezione di istanze minoritarie dalla prevaricazione delle concezioni di volta in volta prevalenti nel corpo sociale.

Per altro verso, è stato osservato che la tesi che configura quello dei *Grundrechte* come un sistema compatto risente troppo dell'influenza delle grandi codi-

ficazioni civilistiche e dell'approccio di tipo dogmatico che da esse ha preso le mosse. La trasposizione di questa concettualizzazione sul terreno dei diritti può risultare problematica, ove si consideri che essi non appaiono, nell'ordinamento costituzionale, come una codificazione in sé conclusa e compatta, ma come un insieme di garanzie puntuali dell'ordinamento della vita individuale e collettiva. Sicché essi, in definitiva, non sono strutturalmente qualificabili come mere derivazioni da un principio generale astratto, come è dimostrato, fra l'altro, proprio dallo sviluppo storico, dispiegatosi attraverso stratificazioni in epoche differenti di singoli diritti, l'origine di ciascuno dei quali si è prodotta storicamente in modo sporadico.

II. Le radici dello sviluppo storico dei diritti costituzionali

7. La storia dei diritti costituzionali come prodotto del costituzionalismo moderno e le sue più remote radici

Ma è ora giunto il momento di ripercorrere più analiticamente le principali tappe dell'evoluzione storica dei diritti. È opinione consolidata che la vicenda storica dei diritti costituzionali prenda l'avvio con le grandi rivoluzioni borghesi, che, nel XVII e XVIII secolo, in Inghilterra, nell'America del nord ed in Francia, produssero dei mutamenti profondi degli ordinamenti politici e condussero all'affermazione di concezioni radicalmente nuove dei rapporti fra l'individuo ed il potere sovrano (G. DE RUGGIERO, M. FIORAVANTI, P. COSTA). È appunto con le carte dei diritti ed i documenti costituzionali, che segnano il coronamento della rivoluzione parlamentare inglese nel biennio 1688-1689, dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America (1776-1791) e del movimento rivoluzionario in Francia (a partire dal 1789), che prendono corpo l'affermazione di diritti individuali nei confronti dei poteri pubblici e la positivizzazione in testi costituzionali dei diritti radicati nella tradizione giusnaturalistica (N. MATTEUCCI, A. BALDASSARRE).

Nel costituzionalismo europeo, in particolare, il riconoscimento dei diritti individuali si accompagnò all'introduzione di principi dell'organizzazione costituzionale, indirizzati alla costruzione di un ordine politico che, sebbene fondato su basi censitarie e sostanzialmente oligarchiche, era volto ad assicurare ampi spazi di libertà alla borghesia politicamente attiva ed il libero sviluppo delle energie che si sprigionavano dalla società civile: si trattava di congegni ed istituti di limitazione del potere sovrano del monarca, prevalentemente legati all'affermazione delle prerogative delle assemblee rappresentative, divenute veri e propri luoghi istituzionali della società civile borghese, come anche della supremazia della legge parlamentare, che del ruolo egemone di quella era diretta espressione, e dei corollari, che da questo assetto discendevano, del vincolo dei giudici alla legge e della legalità dell'amministrazione (F. NEUMANN). Nel costituziona-

lismo statunitense, peraltro, il riconoscimento dei diritti viene a collocarsi in una differente cornice costituzionale, fortemente segnata dalla precoce ispirazione democratica e dalla genesi contrattualistica della Costituzione federale: l'idea della costituzione come «legge superiore», posta a garanzia della tenuta del patto fondativo in una società disomogenea e pluralistica, costituisce peraltro la peculiare cifra di lettura del costituzionalismo statunitense ed il fondamento di una concezione della protezione dei diritti essenzialmente inquadrata entro una cornice di contrappesi e di limiti del principio di maggioranza.

8. *La «preistoria» dei diritti costituzionali. La tradizione greco-romana e lo stoicismo*

Quelli accennati rappresentano gli esiti di un lungo processo evolutivo che percorre, dall'umanesimo all'illuminismo, la storia europea nell'età moderna, un processo nel quale confluirono nuovi ideali filosofici, conflitti religiosi, sommovimenti politici e radicali mutamenti dell'economia e della società. Di esso si tenterà di ripercorrere più avanti le tappe più significative. Occorre ora precisare peraltro che, se la storia dei diritti costituzionali appare inestricabilmente congiunta alla genesi ed ai principi ispiratori del costituzionalismo moderno, (a) assai più antica è la storia del rapporto fra la libertà umana e l'ordine sociale, e che (b) più risalente è la stessa vicenda storica dei diritti di libertà, la quale affonda le radici nelle peculiari caratteristiche dell'ordine giuridico medievale.

Quanto al primo aspetto, non può essere sottaciuto il fondamentale contributo della tradizione greco-romana e di quella cristiana nella fondazione dei problemi basilari e delle categorie concettuali che hanno ispirato le elaborazioni teoriche del moderno costituzionalismo. L'una e l'altra non hanno soltanto rappresentato la «preistoria» delle tematiche dei diritti umani, da cui la riflessione dei secoli successivi, pur rielaborandola profondamente, avrebbe tuttavia attinto ispirazione, ma consentono altresì di mettere a fuoco la centralità dell'intreccio fra le diverse concezioni relative alla posizione dell'individuo all'interno di collettività organizzate, così come esse si sono storicamente evolute, e le «immagini dell'uomo», che di esse costituiscono il retroterra. La filosofia antica ed il cristianesimo, soprattutto attraverso la mediazione dello stoicismo, esercitarono pertanto un'influenza culturale profonda nell'affermazione del valore della dignità umana e di diritti intangibili dell'individuo. Il patrimonio intellettuale, che il pensiero stoico trasmise al cristianesimo, conservò tracce significative nel giusnaturalismo medievale, e fu poi riscoperto e rielaborato nell'età moderna a partire dall'umanesimo: ne è testimonianza emblematica, ad esempio, il *Discorso sulla dignità dell'uomo* di Giovanni Pico della Mirandola, il quale fece discendere dall'«eccellenza della natura umana» il diritto di ogni uomo di «rivendicare il privilegio della somma ammirazione», ponendosi come antesignano dell'universalismo dei diritti e della tolleranza, intesa come «pluralità delle vie».

È peraltro opinione diffusa che la tradizione greco-romana e quella cristiana non siano approdate ad una compiuta affermazione di diritti individuali, intesi come vero e proprio fondamento dell'ordine sociale e politico. Nell'esperienza della *polis* greca, si osserva, l'istituto della schiavitù era uno dei pilastri della costituzione della città stato, e l'idea della libertà e della dignità dell'uomo poteva essere riferita esclusivamente a colui che faceva parte a pieno titolo della comunità, al cittadino, al quale solo era riconosciuto il diritto di partecipare al governo della *polis*. Connotato della «libertà degli antichi» (che da Benjamin Constant fu infatti contrapposta alla «libertà dei moderni» affermatasi con il liberalismo) era pertanto il completo assorbimento di essa nella dimensione istituzionale e pubblica della comunità politica, con la conseguente estraneità al bagaglio di libertà del cittadino della *polis* del profilo della protezione di una sfera di libertà assolutamente privata. E tuttavia, questa prospettiva, proprio in quanto pretende di voler leggere le esperienze del mondo greco attraverso le lenti della concezione liberale dei diritti di libertà, richiede di essere valutata in modo problematico. A partire dal V secolo a.C., acquistò rilievo crescente, nel pensiero politico e filosofico greco, la riflessione sul rapporto fra la conoscenza della natura umana e l'ordinamento della società, ciò che doveva porre le basi di quella tensione dialettica fra diritto naturale e leggi positive, che avrebbe mantenuto un ruolo centrale fino agli albori del costituzionalismo moderno. Inoltre, nella visione antropologica ed etica dello stoicismo, tale riflessione sarebbe sfociata anzitutto nella fondazione dell'idea dell'eguaglianza degli uomini, basata sul presupposto del comune possesso della ragione. Infine, con lo stoicismo l'idea della libertà umana tende a fuoriuscire dall'angusta cornice della *polis*, poiché essa viene a radicarsi nella partecipazione alla ragione universale, che accomuna tutti gli uomini, venendo così a profilarsi con quei caratteri di individualismo e di cosmopolitismo, che avrebbero esercitato un'incidenza culturale profonda anche nel mondo romano. E se tuttavia, nonostante l'influenza di tali indirizzi sul terreno etico-sociale ed una certa eco anche nella giurisprudenza romana (nelle *Institutiones* di Gaio ed in quelle di Giustiniano, ad esempio), è difficilmente contestabile che la teoria politica e giuridica del mondo pagano sia stata indirizzata alla priorità del bene comune e degli interessi della collettività, e che ciò abbia costituito un ostacolo al compiuto riconoscimento di diritti e libertà fondamentali dell'individuo, una valutazione complessiva dell'esperienza greco-romana merita qualche approfondimento sotto almeno tre profili.

Il primo riguarda il mondo greco. Occorre osservare, infatti, che il pensiero greco, dal panteismo della «repubblica degli dei» dell'Olimpo al pluralismo filosofico che lo attraversa come un filo rosso dalle cosmogonie del VII-VI secolo ad Empedocle fino ai pitagorici ed ai sofisti, non fu legato ad un credo religioso unificante, ma rimase sempre sostanzialmente libero di orientarsi di fronte ai multiformi aspetti della realtà e dell'esistenza. La consapevolezza profonda della complessità del reale, che ispira il pensiero dei Greci, rifuggiva dal monismo, e la riflessione greca sul mondo muove dalla premessa che «le forze in campo so-

no costitutivamente molteplici, diversificate e non riducibili per sé a unità», cosicché «il pluralismo di forze diverse e divergenti è stato assunto come il fondamento imprescindibile del reale» (A. LO SCHIAVO). Dall'originaria immagine plurale della divinità, da un «pluralismo fondativo», presero le mosse non soltanto una concezione laica del sapere, che produsse pluralità di idee e di forme della produzione artistica, ma anche una filosofia politica sempre tendente alla moderazione degli eccessi ed una storia politica che, sebbene in forme anche molto disparate, appare attraversata, dall'esperienza delle *poleis* a quella degli assetti di potere dell'età ellenistica, dall'idea di fondo che diversità ed unità andassero armonizzate, e che il particolarismo, che ha sempre rappresentato uno dei temi dominanti del giudizio storico sulle forme della politica nell'antica Grecia, fosse inseparabile dall'intreccio fra *autonomia* e *eleutheria*.

Quanto al secondo profilo, nella formazione del patrimonio culturale, dal quale avrebbe tratto alimento l'elaborazione sui diritti individuali nell'età del costituzionalismo moderno, il contributo del pensiero stoico sembra rivestire un rilievo fondamentale. Si tratta, come è noto, di una scuola di pensiero che, sviluppata nell'età ellenistica e poi durante l'impero romano, copre l'arco di circa quattro secoli, di un'epoca che prende le mosse dalla crisi della unità politica della *polis* per giungere fino al consolidamento delle grandi strutture imperiali dell'antichità. Questa trasformazione dello scenario dell'ordinamento politico della società, che vide subentrare all'assetto coeso ed onnicomprensivo della *polis* modelli di organizzazione politica che coniugavano estensione territoriale ed eterogeneità sociale con una forte unità economica, militare ed amministrativa, costituisce il retroterra dell'affermarsi delle scuole di pensiero dello stoicismo. Grazie ad esso, la tendenza alla speculazione in termini generali ed universali, connaturata al pensiero greco, fuoriesce dall'orizzonte della *polis*, come forma autosufficiente ed avvolgente della vita della comunità politica, e viene sospinta, nell'atmosfera dei grandi spazi politici dell'impero, verso una riscoperta dell'interiorità del soggetto, della saggezza, dell'autosufficienza e della contemplazione: un atteggiamento che non può dirsi, in linea di principio, «a-politico», giacché l'assunzione di doveri nei confronti della collettiva fa parte integrante, nella riflessione dello stoicismo, del significato dell'esistenza.

Sembra pertanto solo parzialmente esatto situare il contributo dello stoicismo all'elaborazione dei diritti individuali sul crinale semplicistico della frattura fra la dimensione interiore della libertà e la dimensione «separata» degli spazi del potere imperiale. La *Stoa* pose al centro della riflessione filosofica il *logos*, che esprime, dal lato soggettivo, la ragione che guida la conoscenza, il pensiero, la comunicazione e le scelte individuali, e, dal punto di vista spirituale-oggettivo, il principio ordinatore del cosmo. Muovendo da questa premessa, il pensiero stoico libera il concetto di *nomos* dal suo riferimento alla concreta realtà spaziale e temporale della *polis* come di qualsiasi altra particolare istituzione, lo proietta in una dimensione universale, quella della legge fondata sulla ragione, e, una volta ricostruitone il primato deontologico (*nomos basileus*) come espressione

della ragione universale, ne fonda la pretesa di validità su basi cosmologico-religiose e conferisce ad essa una forza normativa che è contrapposta alle leggi particolari di una comunità politica.

Sebbene allo stoicismo sia ritenuta estranea la distinzione fra la sfera giuridica e quella morale, che rappresenterà un *topos* centrale della riflessione filosofico-giuridica europea sulla libertà almeno a partire dall'età moderna, l'eredità del pensiero stoico lascerà tracce significative nelle successive elaborazioni teoriche sui diritti individuali sotto almeno due aspetti. In primo luogo, dal momento che la legge universale è la legge razionale corrispondente alla natura dell'uomo, essa costituisce per la ragione individuale, per il *logos* del singolo individuo, un oggetto di conoscenza che sta di fronte a questo. Tuttavia, proprio in quanto tale legge naturale è il *logos* universale, non concreto né attualizzato, della natura umana, essa costituisce la dotazione razionale di ogni uomo, indipendentemente dalla sua condizione sociale di uomo libero o schiavo e dalla sua collocazione nella società. Tale assunto, ripreso dalla giurisprudenza romana (la legge di natura come «*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*»: Gaius, Inst. I § 1), poggia sulla premessa della eguaglianza della natura razionale dell'uomo e costituirà un punto di avvio delle successive elaborazioni dell'eguaglianza giuridica.

In secondo luogo, nel pensiero stoico l'idea di libertà appare indissolubilmente congiunta con quella del dominio individuale degli impulsi e delle passioni. Soprattutto nella fase più matura, ed in particolare con Seneca, lo stoicismo perviene alla interiorizzazione del comportamento individuale, contribuendo forse ad anticipare la tematizzazione della libertà di coscienza, ma certo a sciogliere definitivamente il concetto di libertà dalla dimensione collettiva della *polis*, per collocarlo in quella interiore dell'uomo saggio che orienta non solo il suo comportamento in società, ma il suo destino e la sua collocazione nell'universo secondo un *logos* naturale che egli non vive come una costrizione esterna, ma come un imperativo interiore (*secundum naturam vivere*) indipendente dalle condizioni esteriori di vita.

Quanto poi – ed è il terzo profilo – al mondo romano, l'affermazione che anche la tradizione giuridica romana non abbia conosciuto diritti del soggetto si è basata su diversi argomenti: su quello che l'intera costruzione giuridica romana sarebbe stata orientata verso finalità di ordine collettivo (il perseguimento del *bonum* e dell'*aequum* e la separazione dell'*aequum* dall'*iniquum*, del *licitum* dall'*illicitum*: Dig. I,1.1) piuttosto che indirizzata alla protezione dei diritti individuali; su quello che lo stesso diritto privato non consentirebbe di distinguere gli *iura* dalle *res*; sulla permanenza, soprattutto, dell'ordinamento schiavile, che contraddirebbe in modo radicale l'eguaglianza nei diritti. Per ridimensionare la forza di queste obiezioni non sembra persuasivo l'approccio di chi ha osservato che l'esperienza romana avrebbe presentato modalità non dissimili nella sostanza da quelle che hanno caratterizzato l'intera vicenda storica dei diritti: in quanto anche questa avrebbe smentito l'idea di «un insuperabile antitesi fra stato e indivi-

duo, quasi atomo sradicato da ogni comunione» (E. BETTI); o ancora perché, quanto all'istituto della schiavitù, esso confermerebbe l'assunto, che non deve sorprendere il giurista, che la titolarità e l'ampiezza dei diritti individuali dipendono sempre da un'attività di conformazione dei singoli ordinamenti positivi. Sembra difficile non cogliere invero, al fondo dell'esperienza romana, una sottovalutazione dell'aspetto individuale dei diritti ed una concezione largamente aristocratica dei legami di cittadinanza, che sono antitetici rispetto agli itinerari del costituzionalismo moderno: una divaricazione che è presente anche nell'età repubblicana, sebbene in un contesto che non esclude la libertà, concepandola peraltro «soprattutto in rapporto alla comunità politica dei *cives*», ma che appare particolarmente lacerante nell'età del principato, ed in particolare del Basso Impero, quando, in aggiunta al tradizionale crinale della diseguaglianza fra liberi e schiavi, ulteriori diseguaglianze fra i sudditi informeranno progressivamente l'assetto della società, e l'idea di una *res publica* che nasce dal *consensus iuris* e dalla *communio utilitatis* si dissolve nello stato di sudditanza ad un *regnum* che si ispira al postulato dell'eguale dipendenza di tutti dalla volontà di uno solo.

È più interessante, invece, porsi alla ricerca, nell'esperienza romana, di quegli aspetti e di quei motivi conduttori che hanno contribuito a plasmare nel corso dei secoli il patrimonio costituzionale in tema di diritti. Fra di essi merita certamente di essere menzionata l'affermazione, sul terreno della filosofia morale, di una «*anthropologie universaliste*», che penetra nella giurisprudenza romana attraverso l'influenza dello stoicismo mediata soprattutto dal pensiero ciceroniano: un'immagine dell'uomo, peraltro, che non è incentrata sull'autonomia del soggetto, ma che è il riflesso di un ordine del cosmo che i legislatori sono chiamati a decifrare, in una sorta di «ricerca collettiva» di un mondo e di un ordine che trascendono l'individuo e che si impongono ad esso (M. VILLEY). Ed in questa cornice, quand'anche di diritti possa parlarsi nel mondo romano, essi risultano iscritti all'interno di una morale universalistica, di un «sistema di doveri sociali» che affida all'*officium* la funzione di tradurre e di rispecchiare l'ordine del mondo racchiuso nello *ius naturale*. È propriamente sul terreno delle istituzioni e dell'esperienza giuridica, tuttavia, che il mondo romano sembra aver lasciato una traccia particolarmente profonda. Ciò non soltanto perché la ricerca storico-giuridica ha da tempo rivendicato la presenza di diritti dell'uomo nell'esperienza romana, come, ad esempio, la cittadinanza, il diritto di asilo, l'inviolabilità della casa, lo *ius exilii*, la *provocatio ad populum*, il tribunato della plebe, il diritto alla vita ed al suicidio, ed altri ancora. Occorre osservare, in primo luogo, che, se è vero che, nel mondo romano, «l'uomo ha diritti in quanto fa parte di una comunità politica», tali diritti «si dispongono peraltro in cerchi concentrici» che procedono dal «non diritto» dell'*hostis* sino al sommo della scala ascendente rappresentato dai *patres* del Senato, che l'eguaglianza esiste «solo entro lo stesso circolo», e che la parità di trattamento consegue in definitiva dal vincolo comunitario (G. CRIFÒ). Sebbene nel quadro di un assetto ordinato secondo un

criterio aristocratico, l'esperienza romana rappresenta pertanto il primo compiuto tentativo di dare veste giuridica alle dinamiche di inclusione/esclusione che si sviluppano all'interno della società. In secondo luogo, con l'esperienza romana il tema della libertà acquista una precisa dimensione giuridica: poiché il diritto plasma il rapporto fra l'individuo e l'organizzazione sociale, in esso la libertà individuale si oggettivizza, con la conseguenza che, nel mondo romano, il godimento della libertà è solo uno dei benefici che derivano dal vivere sotto un governo ben ordinato. Allo stesso tempo, peraltro, assume un rilievo centrale il postulato, che è presente in un celebre passo di Tito Livio («*imperioque legum potentiora quam hominum*»: *Storie*, 2.I.I) e troverà sviluppo nelle concezioni dei diritti «legalistiche» prima ed «istituzionali» poi, che «la protezione della libertà è possibile solo se gli individui non prevalgono sulla legge» (G. CRIFÒ).

Per questa via, infine, sembra inadeguato l'approccio che restringe la discussione sui diritti nel mondo romano alla sfera del diritto privato, quasi che all'esperienza giuridica romana «fosse ignoto il contesto costituzionale dei diritti»: laddove, invece, la tradizione romanistica ha trasmesso al mondo moderno «un quadro costituzionale» al cui interno si collocano le idee della libertà politica, della cittadinanza, dell'equilibrio dei poteri e dei contropoteri (G. CRIFÒ). Un quadro che avrebbe ispirato fin dalle origini l'ideologia del costituzionalismo e che, secondo alcuni indirizzi di pensiero, avrebbe fatto rifluire in essa una «teoria neo-romana della libertà»: grazie alla penetrazione di essa nel pensiero politico inglese del Seicento sotto l'influenza della giurisprudenza romana e poi, per il tramite della recezione dei *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* del Machiavelli («*perché non è il bene particolare ma il bene comune quello che fa grandi le città. E senza dubbio questo bene comune non è osservato se non nelle repubbliche*»), nel pensiero costituzionale della rivoluzione americana, le idee della libertà politica e dell'autogoverno avrebbero preceduto, nella storia del costituzionalismo moderno, l'affermazione del liberalismo giuridico e di una concezione rigorosamente «privatistica» della libertà (Q. SKINNER). Nel quadro della ripresa di motivi tratti dalla tradizione romanistica, infatti, l'istituto della schiavitù veniva assunto, in chiave antagonistica, a paradigma di ordinamenti nei quali vi sono individui non sottoposti alla loro propria giurisdizione o al loro diritto e soggetti al potere di un'altra persona (Dig., I.6.1; I.6.3), e come punto d'attacco per costruire una concezione della libertà più ampia di quella che si imporrà ad opera del liberalismo giuridico, che la identificò nell'assenza di impedimenti esterni all'azione del soggetto. Seguendo ancora la suggestiva ricostruzione storica di Quentin Skinner, la concezione della «libertà repubblicana» restava saldamente impiantata nella forma di governo, ed era da intendersi quindi, anzitutto, come auto-governo dell'individuo e come non soggezione alla volontà di nessuno, giacché il vivere in una condizione di dipendenza è esso stesso, oltre che un impedimento all'eccellenza di un governo libero, la prima e più brutale forma di costrizione.

9. La tradizione cristiana

La concezione cristiana contribuì a far emergere con particolare intensità l'idea della libertà e della dignità dell'uomo, che venivano fatte discendere dal postulato della creazione dell'uomo ad immagine di Dio. Se è vero perciò che i diritti fondamentali sono divenuti parte essenziale della tradizione giuridica occidentale anche grazie alla secolarizzazione del patrimonio di pensiero cristiano, non va trascurato che, nell'arco di uno sviluppo storico secolare, forti resistenze a questo processo di secolarizzazione hanno comportato anche atteggiamenti decisamente ostili alle conquiste di libertà che, soprattutto a partire dall'età del costituzionalismo, si erano venute affermando nel mondo occidentale. L'idea che la dignità dell'uomo abbia un fondamento metafisico, il quale poggia sulla creazione dell'uomo a immagine di Dio, e che da ciò consegua il possesso di diritti che nessuna comunità terrena può sacrificare, è stata sviluppata sin dalle origini, muovendo dalla esegesi delle Scritture (*Genesi*, 1, 26-27; 5,3; 9,6), nel pensiero della Patristica. Si ricordano qui l'insistenza sull'assunto che la dignità dell'uomo è un riflesso dell'appartenenza di questi al regno di Dio (GREGORIO DI NISSA), e la sottolineatura che solo all'interno della religione «*libertas domicilium collocavit*» (LATTANZIO). Non sorprende peraltro che questa collocazione organicistica dell'uomo all'interno di una dimensione che lo comprende e lo trascende risultasse incompatibile con l'autonoma fondazione dei diritti dell'uomo sul valore *proprio* della persona umana, ché anzi, in Agostino, tale valore si radica nella comunione spirituale dell'uomo con Dio e l'esistenza terrena viene concepita solo come lo strumento della piena realizzazione di questa comunione. Già con Tommaso d'Aquino, peraltro, questa prospettiva viene parzialmente corretta, poiché la visione tomistica dà peculiare risalto alla collocazione dell'uomo nell'esistenza terrena, nella quale a questi è assegnato un compito preordinato alla realizzazione di un disegno che, attraverso la volontà del Creatore, è inscritto nell'ordine naturale. Il passaggio decisivo del pensiero tomistico risiede in ciò, che questo scopo è riconosciuto come proprio della natura umana e che, attraverso il compimento di esso, l'uomo realizza sé stesso e, allo stesso tempo, rinviene il fondamento della sua dignità. Emblematica è, sotto questo aspetto, la posizione dell'Aquinate circa la questione della giustificazione della pena di morte, condannata proprio in quanto negazione della dignità dell'uomo. Siamo, è evidente, solo dinanzi ai primi passi della lenta evoluzione del pensiero cristiano verso la elaborazione di una concezione dei diritti dell'uomo pienamente consapevole. Ed in effetti è difficile concludere che Tommaso sia pervenuto a fondare sulla dignità dell'uomo un diritto individuale di libertà, in quanto la persona è ancora, nel pensiero dell'Aquinate, un concetto metafisico, costruito come riflesso della dottrina della Trinità, ed i diritti dell'uomo, cui egli fa riferimento, sono radicati nell'ordine naturale (e trascendente) prefissato dal Creatore. Nei secoli successivi, l'elaborazione dell'idea del *bene comune*, da intendersi come cornice dei diritti della persona umana e dell'ordinamento della comunità,

conferisce alla riflessione del pensiero cristiano sui diritti un'accentuata connotazione antagonistica nei confronti degli stati e della comunità degli stati, come è testimoniato dai teologi e moralisti spagnoli della Scuola di Salamanca nel XV e XVI secolo (F. DE VITORIA, F. SUAREZ).

Con l'insorgere e l'affermarsi dei movimenti di riforma religiosa a partire dal XVI secolo, gli itinerari della riflessione del pensiero cristiano sui diritti dell'uomo avrebbero preso strade differenti, ed esso avrebbe rivelato, pur nella varietà delle articolazioni e delle accentuazioni, non pochi elementi di ambiguità. Il contributo dei conflitti di religione nell'età moderna alla fondazione del costituzionalismo sarà analizzato oltre. Per quanto riguarda la tradizione di pensiero delle chiese riformate in materia di diritti dell'uomo, va ricordato che il lungo percorso che ha condotto a fare oggi dei diritti dell'uomo un aspetto centrale dell'etica protestante è stato molto travagliato. La struttura intrinsecamente pluralistica delle chiese riformate, che hanno operato in contesti culturali, politici e socioeconomici molto differenziati senza riconoscersi in una istituzione unitaria ed aggregante su scala ecumenica, è stata un fattore rilevante di sviluppo della libertà religiosa e dell'autonomia delle chiese. Ciò che ha, per un verso, favorito l'emergere di concezioni differenti, ma anche reso problematico identificare una specifica dottrina protestante dei diritti dell'uomo. Così, ad esempio, e solo per circoscrivere il quadro ai protagonisti maggiori della Riforma, al pensiero luterano è in partenza estranea la prospettiva di diritti dell'uomo con un fondamento mondano, giacché esso pone al centro il problema della verità e non quello di una libertà umana immanente al mondo, e libertà ed eguaglianza si pongono all'interno della relazione dell'uomo con Dio. Secondo la dottrina luterana della giustificazione, l'uomo non può liberarsi dal peccato da solo attraverso le proprie opere, ma grazie all'aiuto divino dischiuso dalle Scritture. E tuttavia occorre aggiungere che la dottrina della giustificazione, in primo luogo, postulava una rivendicazione forte delle libertà di fede e di coscienza, e che essa presupponeva inoltre un'immagine dell'uomo che, benché interna alla relazione di questi con Dio e condizionata dal postulato dell'insufficienza dell'agire umano, finiva per ravvisare nell'autocoscienza, nella responsabilità e nella ragione il nucleo forte della dignità dell'uomo, sicché questa non appariva né il mero risultato di condizioni precostituite, né peraltro quello, esclusivo, delle opere dell'uomo. Quanto al pensiero calvinista, va osservato, da un lato, che esso ricostruì il rapporto fra l'autorità costituita ed i sudditi in parallelo con il concetto fondamentale dell'alleanza (*Bund*) fra Dio ed il suo popolo, con il conseguente dovere dell'autorità di osservare i diritti naturali dell'uomo; e che, dall'altro, il forte risalto del principio sinodale nell'ordinamento della chiesa avrebbe ispirato i primi sviluppi del parlamentarismo e dei diritti di partecipazione politica. Il quadro che ho tracciato lascia intravedere pertanto elementi di ambiguità nel pensiero riformatore sui diritti dell'uomo, e va aggiunto peraltro che essi sembrano avvalorati dalla storia delle origini del protestantesimo, che è stata segnata da legami strettissimi fra le chiese riformate e il potere dei sovrani. E tuttavia non è dubbio pa-

rimenti che esso abbia influenzato in modo differente ed in misura diversa molti dei protagonisti della fondazione teorica del costituzionalismo, da Althusius a Pufendorf, da Grozio a Milton a Locke, e che, nei secoli successivi, l'impegno coraggioso dei teologi protestanti (K. BARTH, D. BONHOEFFER, H. WOLFF) nella lotta al totalitarismo avrebbe dato ulteriore impulso alla fondazione di un'etica sociale incentrata sui diritti e sulla dignità dell'uomo, cui non è stata estranea, in alcuni più recenti filoni di pensiero, l'influenza della «teologia della liberazione». Restano fortissime, peraltro, nel pensiero protestante, da un lato l'insistenza sui legami, i doveri e le responsabilità che precedono i diritti, e dall'altro, in una linea di continuità con le su ricordate premesse di ordine teologico, la tensione fra la caratterizzazione secolare e la derivazione trascendente dei diritti dell'uomo.

Con l'inizio dell'età moderna, la dottrina della Chiesa cattolica si chiuse in un atteggiamento di crescente ripulsa e di dura condanna dei processi di secolarizzazione e delle concezioni della libertà affermatesi con le rivoluzioni borghesi, che essa non esitò, all'indomani della Rivoluzione francese, a bollare come «*absurdissimae*». L'insegnamento della Chiesa avrebbe lentamente abbandonato, a partire dagli ultimi anni del XIX secolo, questo atteggiamento di chiusura per intraprendere un cammino che avrebbe condotto, dalla seconda metà del Novecento, ad un impegno sempre più deciso in difesa dei diritti umani. Ciò non toglie, tuttavia, che la dottrina della Chiesa in tema di diritti umani, pur non avendo rifiutato il dialogo con concezioni delle libertà e dei diritti prodotte dalle ideologie del costituzionalismo e della secolarizzazione, presenti tratti affatto peculiari. Essa si caratterizza, da un lato, per il rifiuto di concezioni individualistiche dei diritti, i quali rinvergono, al contrario, il proprio terreno di sviluppo nella dimensione comunitaria delle formazioni sociali; dall'altro, per l'affermazione che il riconoscimento dei diritti rinviene il proprio fondamento in un ordine supremo di valori. Si inquadra in questo contesto una concezione dei limiti dell'azione dello stato diversa da quella maturata all'interno della tradizione del costituzionalismo, in quanto essa non è volta a favorire «la illimitatezza e l'autoaffermazione dell'individuo», poiché questi è limitato, da un lato, da una dimensione comunitaria che lo comprende, e dall'altro da doveri derivanti da «un più elevato ordine di valori». Ne consegue che l'armonia del corpo sociale e una disposizione ordinata e sussidiaria di questo costituiscono non solo lo sfondo necessario, ma il presupposto funzionale dei diritti, nella ricerca costante, «tra gli estremi politici dello stato totale e dell'anarchia», di «una via mediana che armonizzi obbedienza e libertà» (A. MERKL). Lungo questo itinerario, il confronto con i totalitarismi del XX secolo avrebbe impresso anche alla dottrina della Chiesa sui diritti una svolta decisiva. La condanna di queste esperienze ha preso le mosse infatti non «da un individualismo antropocentrico, ma da un universalismo metafisico», che «rifiuta la pretesa totalizzante dello stato ed ogni sistema politico che innalzi lo stato ad elemento supremo del suo ordine di valori», e rifiuta altresì di ridurre lo stato stesso a «mezzo politico di realizzazione di

scopi che lo trascendono» (A. MERKL). Infine, la spiccata concezione comunitaria dei diritti, che sembra porsi in antitesi con le visioni antagonistiche proprie delle ideologie del costituzionalismo, spiega perché essa sia stata inizialmente elaborata dalla dottrina sociale della Chiesa, a partire dalle encicliche sociali di Leone XIII, come risposta alle sfide della questione sociale e nel quadro della edificazione di un ordine sociale volto al superamento del capitalismo e della lotta di classe. Certamente, l'impegno della dottrina sociale cattolica sul terreno dei diritti si delinea in modo più deciso dalla seconda metà degli anni Settanta del XX secolo, quando, prendendo esplicitamente le distanze da epoche storiche nelle quali la difesa dei diritti dell'uomo non era stata sostenuta con chiarezza ed energia sufficienti, si cominciò a rivendicare all'insegnamento della Chiesa il compito di favorirne lo sviluppo lungo alcune direttrici di fondo, intrinsecamente *assiologiche*, nelle quali sono confluiti motivi risalenti e risposte a nuove sfide (ancoraggio dei diritti ad un ordinamento superiore di valori etici, priorità dell'uomo sullo stato, carattere sussidiario e strumentale di quest'ultimo, funzionalizzazione della democrazia al rispetto dei diritti fondamentali, diritto alla vita, legame inscindibile fra libertà e responsabilità).

Occorre aggiungere che, nel corso del XX secolo, la riflessione sui diritti dell'uomo delle correnti di pensiero che si sono rifatte all'ispirazione del cristianesimo, pur muovendo da un solido ancoraggio alle premesse di un mondo di valori fondato su una verità trascendente, si è misurata con i grandi filoni del pensiero filosofico contemporaneo in un confronto serrato e proficuo. Mi riferisco, in particolare, alla complessa e variegata esperienza del personalismo, che ha esercitato un'influenza profonda sulle costituzioni europee del secondo dopoguerra. Nell'ambito di questo indirizzo, che ha trovato soprattutto in Francia la sua elaborazione più raffinata (C. RENOUVIER, E. MOUNIER), sul tradizionale legame della nozione occidentale di persona al pensiero trinitario, che è motivo risalente nel pensiero cristiano più antico, si innestano le risposte alle sfide poste con forza dall'esistenzialismo (lungo una linea che da Kierkegaard si spinge fino a Pareyson) e dal marxismo (quello, in particolare, «umanistico», dei *Manoscritti filosofici* del 1843-44 e dell'*Ideologia tedesca*), accomunati al personalismo, in definitiva, nel respingere anzitutto il pensiero strutturalista e la sua pretesa di «non aver bisogno di alcun soggetto per conferire senso a qualunque cosa» (P. RICOEUR). In questo contesto, il contributo del personalismo alla cultura dei diritti dell'uomo appare rilevante sotto almeno due aspetti. In primo luogo esso, questa volta distaccandosi radicalmente dall'esistenzialismo e dall'umanesimo marxista, si ricollega piuttosto alla reazione di Max Scheler al formalismo etico kantiano ed alla fondazione teorica di un'«etica materiale» fondata su «valori», il cui «apprendimento» è opera non dell'individuo isolato, ma della persona, cioè del soggetto aperto ad un mondo di relazioni comunitarie e di rapporti di vita. Risultano evidenti, pertanto, gli stretti legami culturali fra il personalismo, che ha costituito uno dei motivi ispiratori delle costituzioni europee del secondo dopoguerra, e gli indirizzi antiformalistici e sostanzialistici nell'interpretazione

delle costituzioni «lunghe» del pluralismo, affermatasi nel corso del Novecento. Anche il personalismo di matrice cristiana, invero, ha insistito con forza sul radicamento del concetto di persona in «un cielo fisso di valori» (P. RICOEUR), in una «ontologia della sussistenza», come costitutiva della persona e riferita ad un «ordine gerarchico di valori» che definisce il posto dell'uomo nell'universo (E. MOUNIER). In secondo luogo, il personalismo si è caratterizzato per una forte impronta sociale e comunitaria, che spinge a superare sia i limiti dell'individualismo, che isola la persona dai rapporti di vita e dalla solidarietà con gli altri, che quelli del collettivismo, che appiattisce la personalità nel numero. Ciò spiega perché il concetto di persona sia apparso, rispetto a quelli di coscienza, di soggetto, di individuo, più adeguato a formulare una risposta teorica al solipsismo della riduzione della soggettività «ad un io incentrato su se stesso» (P. RICOEUR), sia nella prospettiva di chi ha proposto una «rivoluzione personalista e comunitaria» fondata sulla dialettica fra persona e comunità (E. MOUNIER), sia in quella di chi ha imperniato l'*ethos* della persona in una struttura ternaria, i cui termini sono stati individuati nella «stima di sé, sollecitudine per l'altro, auspicio di vivere all'interno di istituzioni giuste» (P. RICOEUR).

10. *Le carte medievali*

Riprendendo ora la narrazione storica con riferimento all'età medievale, l'elaborazione del pensiero cristiano vi avrebbe esercitato un'influenza decisiva. Le teorie medievali del diritto naturale, sebbene fondate su basi non secolarizzate, ma teologiche, riconobbero l'intangibilità di un nucleo di diritti della persona. Peraltro, l'affermazione dell'eguaglianza dinanzi a Dio come fondamento del diritto di natura non condusse anche al pieno ed universale riconoscimento di diritti individuali nei confronti del potere secolare. Sebbene si ritenesse che il sovrano fosse in linea di principio vincolato dal diritto di natura, tali vincoli finivano per assumere evidenza, o meglio per individualizzarsi in veri e propri diritti del soggetto solo in situazioni estreme, che potevano giustificare il diritto di resistenza o il diritto di espatrio.

Inoltre, il carattere particolaristico degli ordinamenti giuridici e politici medievali rappresentò un ulteriore ostacolo all'emersione di diritti individuali con carattere di universalità. Nell'epoca medievale, le libertà ed i diritti riconosciuti agli appartenenti ai ceti, alle corporazioni, alle città riflettevano una società con forti persistenze degli assetti del feudalesimo, o in ogni caso una società stratificata e gerarchizzata (v. anche *infra*, n. 48). Si trattava essenzialmente di *privilegi*, di cui il singolo beneficiava in ragione della sua appartenenza a cerchie particolari piuttosto che di un valore universale, di cui l'individuo era considerato portatore. Questa impronta particolaristica dei diritti di libertà, risalente all'età medievale, manterrà tracce persistenti anche negli ordinamenti dell'*Ancien Régime*, nei quali la difesa e la rivendicazione dei diritti e dei privilegi dei ceti e degli or-