

Conferenza delle Corti costituzionali europee
(Ankara, 7-10 maggio 1990)

Massimo Luciani
Relazione italiana

INDICE.

Avvertenza.

I. L'identificazione dei diritti fondamentali in Italia: la posizione della dottrina e della giurisprudenza.

1. Diritti inviolabili e diritti fondamentali.
2. Le alternative prospettate in dottrina in ordine al problema della identificazione dei diritti inviolabili.
3. La giurisprudenza costituzionale.

II. Il problema dell'esistenza di norme supracostituzionali.

1. Gerarchia e atipicità delle fonti.
2. Il diritto naturale.
3. Le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.
4. Le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute anteriori e successive all'entrata in vigore della Costituzione italiana.
5. La costituzione in senso materiale.

III. La "gerarchia" tra le norme costituzionali.

1. I principi costituzionali supremi.
2. La sindacabilità delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale per vizi materiali.
3. L'identificazione dei principi costituzionali supremi.
4. Sulla gerarchia generale tra i valori costituzionali.

IV. Norme supracostituzionali e protezione dei diritti fondamentali.

1. La costituzione materiale come strumento per la protezione dei diritti fondamentali.
2. Le norme internazionali come strumento per la protezione dei diritti fondamentali.
3. Le norme della Convenzione europea per i diritti dell'uomo come strumento per la protezione dei diritti fondamentali.

V. Gerarchia tra norme costituzionali, protezione dei diritti fondamentali e conflitti tra valori costituzionali. Cenni.

1. Il "bilanciamento" fra diritti fondamentali e interessi costituzionalmente protetti confliggenti.
2. Tendenze della giurisprudenza costituzionale.

Avvertenza.

Al fine di rendere più agevole l'approccio del lettore straniero alle problematiche oggetto di questa Conferenza, per come esse si presentano nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, si è preferito dare a questa relazione un impianto alquanto schematico. Così, inizialmente si sono esposti separatamente i contenuti dei principali filoni interpretativi relativi al tema dell'individuazione dei diritti fondamentali da un lato e a quello della "gerarchia" fra norme costituzionali (o supracostituzionali) dall'altro, e solo successivamente si è mostrato in quale modo sia leggibile, nell'esperienza giuridica italiana, l'intreccio fra i due temi. Sempre per la stessa ragione, si è cercato di esporre con semplicità - ma se possibile senza semplificazioni - i termini delle alternative teoriche e delle soluzioni pratiche prospettate nella nostra esperienza. Allo scopo, anche le indicazioni di giurisprudenza sono state ridotte all'essenziale.

I. L'individuazione dei diritti fondamentali in Italia: la posizione della dottrina e della giurisprudenza.

1. Nella Costituzione italiana l'espressione "diritto fondamentale" ricorre in un solo caso, e precisamente a proposito del diritto alla salute. L'art. 32 Cost., infatti, dispone che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". Più frequente è l'impiego dell'espressione "diritto inviolabile", che si riscontra infatti negli artt. 13, 14, 15, 24 (i quali si riferiscono, rispettivamente, alla libertà personale, al domicilio, alla libertà della corrispondenza e di comunicazione, al diritto di difesa in giudizio), ma soprattutto nella generalissima previsione dell'art. 2, a tenor del quale "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...".

Ovviamente la terminologia della quale si serve la Costituzione non può indurre a ritenere che nel nostro ordinamento il solo diritto fondamentale sia il diritto alla salute. Tutti i diritti che la Costituzione qualifica come "inviolabili", infatti, sono allo stesso tempo "fondamentali", almeno nel senso generalissimo che all'espressione si suole assegnare nel quadro di quella realtà relativamente omogenea che è la civiltà giuridica occidentale. "Fondamentali" sono poi necessariamente quei diritti che, pur non espressamente qualificati come inviolabili dalla Costituzione, sono parte essenziale del modello di democrazia pluralista che la stessa Costituzione disegna. In questo senso è orientata anche la giurisprudenza costituzionale, che - oltre a ribadire l'inviolabilità di diritti già assistiti espressamente in Costituzione da quella garanzia (v. da ultimo, per il diritto di difesa, le sentt. nn. 184 e 243 del 1989; per la libertà personale, la sent. n. 409 del 1989) - ha definito inviolabili (e di conseguenza fondamentali) una notevole serie di diritti cui la Costituzione non riserva espressamente tale qualifica. Vanno ricordati, in particolare, oltre quelli di cui si dirà al n. 3 di questo paragrafo, la libertà di associazione (sent. n. 239 del 1984), il diritto di elettorato passivo (sent. n. 571 del 1989), la libertà di manifestazione del pensiero (sentt. nn. 122 del

1970 e 470 del 1989), la libertà di contrarre matrimonio (sent. n. 27 del 1969), la libertà religiosa (sent. n. 14 del 1973), il diritto (ricollegato peraltro al generale diritto di difesa) alla riparazione dagli errori giudiziari (sent. n. 28 del 1969). Da ultimo, si sono definiti inviolabili anche i "diritti" genericamente desumibili dall'art. 3, primo comma, Cost. (che fissa il principio di eguaglianza), e dall'art. 41, secondo comma (che impone all'iniziativa economica privata il rispetto della "sicurezza", della "libertà" e della "dignità umana") (così, rispettivamente, la sent. n. 470 del 1989 e l'ord. n. 105 del 1989).

In realtà, la giurisprudenza costituzionale italiana non ha ritenuto che tra diritti qualificati come "fondamentali" e diritti qualificati come "inviolabili" vi sia una qualche diversità di statuto: lo dimostra la sent. n. 319 del 1989, che ha espressamente affermato la pertinenza al diritto (fondamentale) alla salute della garanzia della inviolabilità dalle quale sono assicurati i diritti di cui all'art. 2 Cost..

2. Parte della dottrina costituzionalistica italiana (seguita peraltro in questo da molti civilisti) è andata tuttavia anche oltre, ed ha affermato che si possono considerare "inviolabili" (ovvero fondamentali) non solo - come si è visto - alcuni dei diritti che la Costituzione prevede ma non qualifica espressamente in questo modo, ma anche alcuni diritti che non sono affatto menzionati dal testo costituzionale. I sostenitori di questa ipotesi ritengono dunque che il catalogo costituzionale dei diritti sia aperto, e cioè che l'interprete (in particolare, ma non solo, il giudice costituzionale) possa identificare diritti costituzionali "diversi" o "nuovi", che la Costituzione non disciplina espressamente. Allo scopo, essi si appellano ora al diritto naturale, ora alla costituzione materiale, intesa essenzialmente come il regime politico sottostante alla costituzione formale (che dovrebbe essere letta alla luce della prima).

Numerosi, peraltro, sono gli autori che negano la possibilità di una lettura così aperta dell'art. 2 Cost.. Tra essi vi è sia chi afferma che inviolabili sarebbero solo i diritti espressamente garantiti dalla Costituzione, sia chi sostiene invece che lo sarebbero anche quelli che, pur senza essere espressamente menzionati in Costituzione, possono essere ricavati dalle singole disposizioni costituzionali attraverso una interpretazione ampliativa.

3. Costanzialmente sulla linea della dottrina ricordata da ultimo, che a ben vedere patrocinava una lettura non indiscriminatamente aperta e tuttavia dinamica del catalogo costituzionale dei diritti, è da sempre la giurisprudenza costituzionale (in quella comune non mancano invece alcune espresse prese di posizione a favore della natura "aperta" del catalogo di cui all'art. 2 Cost., anche se limitatamente all'introduzione di "nuovi" diritti di rango subcostituzionale: cfr. Cass., Sez. I, 22 giugno 1985 n. 3769, in Foro it. 1985, I, 2211). Già la sent. n. 11 del 1956, infatti, dopo avere affermato che sono inviolabili ai sensi dell'art. 2 Cost. "i diritti che formano il patrimonio irretrotrattabile della persona umana", chiarisce che "la Costituzione, alla generica formulazione di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili". Parimenti, la sent. n. 29 del 1962 afferma, a proposito dell'art. 2 Cost., che "nel riconoscere e

nel garantire in genere i diritti inviolabili dell'uomo, esso necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono particolarmente presi in considerazione". Questa impostazione, maturatasi nei primi anni di funzionamento della giurisprudenza costituzionale, è seguita comunque anche da numerosissime decisioni successive (sentt. nn. 1 e 37 del 1969; 77 del 1972; 102 e 238 del 1975; 57 del 1976; 98 e 125 del 1979; 188 del 1980; 132 del 1985; 269 del 1986).

Non contraddicono questa linea quelle decisioni nelle quali la Corte ha offerto protezione costituzionale anche a diritti "non enumerati". Il pregio costituzionale di tali diritti, infatti, non è stato desunto da quegli indicatori trascendenti o comunque metapositivi che secondo alcuni sono evocati dall'art. 2 Cost., ma da una lettura sistematica e "adeguata al tempo" delle singole norme costituzionali di riferimento diverse dall'art. 2. Così, per soffermarsi solo su alcuni tra i casi più significativi, la sent. n. 38 del 1973 (che si suole invece indicare come esempio di pronuncia eterodossa) ha desunto il diritto all'immagine non solo dagli artt. 2 e 3, secondo comma, ma soprattutto dall'art. 13, che offre protezione di ampio spettro alla libertà personale (v. poi, recentissimamente, la sent. n. 1150 del 1988, che ribadisce l'invulnerabilità del diritto all'onore e del diritto alla reputazione). La sent. n. 132 del 1985 (cui adde sent. n. 323 del 1989) ha sì ricollegato il diritto al risarcimento del danno all'integrità fisica all'art. 2 Cost., ma solo in quanto lo ha agganciato alla salvaguardia del "bene supremo" della vita, che la Corte ha desunto direttamente dal riferimento dello stesso art. 2 alla "persona" (v. anche, più cautamente, a proposito della tutela del concepito, sent. n. 27 del 1975). La sent. n. 161 del 1985, indubbiamente, ha affermato che il diritto all'identità sessuale è un "aspetto e fattore di svolgimento della personalità", ma lo ha saldamente collegato anche all'art. 32 Cost. (che come sappiamo garantisce il "fondamentale" diritto alla salute). La sent. n. 561 del 1987, infine, ha ricavato il diritto alla libertà sessuale dalla interpretazione in sistema degli artt. 13 e 32.

Diversamente orientata potrebbe sembrare la sent. n. 404 del 1988 (peraltro in certo senso anticipata dalle sentt. nn. 49 del 1987 e 217 del 1988, e seguita dalle sentt. nn. 252, 399 e 559 del 1989), che ha espressamente evocato l'art. 2 Cost. (in combinato disposto con l'art. 3) per fissare la garanzia del diritto alla abitazione (in particolare, del convivente more uxorio). Anche questa pronuncia, però, sente non a caso il bisogno di valersi di un più specifico aggancio al testo costituzionale, ricordando che l'art. 47 Cost. esprime un chiaro favore per l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione. Questo favore avrebbe però in concreto una portata più ampia, "ricollegandosi al fondamentale diritto umano all'abitazione" di cui all'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 11 del Fatto di New York del 1966 sui diritti economici, sociali e culturali. Certo, qui il legame con il testo costituzionale è condotto ad un punto estremo di tensione, epperò non manca. Ed è significativo che gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo siano evocati non in immediato raccordo con l'art. 2 Cost., ma in riferimento a quella sua specificazione che è rappresentata dall'art. 47, quasi a significare implicitamente l'insufficienza della coppia strumento internazionale/art. 2, perché si possa argomentare l'esistenza di un vero diritto fondamentale.

Non a caso, dunque, il Presidente della Corte Saja, nella sua

Conferenza stampa relativa all'anno 1987, rilevava l'attitudine del giudice costituzionale italiano ad un allargamento del patrimonio costituzionale dei diritti. Questa, però, non si esplica nel senso della adesione a quella lettura indifferenziatamente aperta dell'art. 2 Cost. che si è prima descritta, ma in quello diverso della volontà di esaltare al massimo le potenzialità dinamiche di per sé contenute nel testo costituzionale.

Tutto ciò, evidentemente, lascia impregiudicato il problema se sia possibile desumere da fonti supracostituzionali quei diritti che non sono espressamente previsti in Costituzione, ma si ritiene siano comunque meritevoli di tutela. La soluzione di tale problema, però, presuppone che ci si interroghi anzitutto sulla possibilità di riconoscere l'esistenza ovvero la operatività di tali fonti nel nostro ordinamento.

II. Il problema dell'esistenza di norme supracostituzionali.

1. Prima di toccare il problema della esistenza di norme supracostituzionali e soprattutto quello della gerarchia fra norme costituzionali, è bene fare una importante precisazione. Come si sa, una caratteristica essenziale delle norme (fonti) collocate su due diversi gradini della scala gerarchica è quella di godere di una diversa forza, sia attiva (capacità di abrogare norme, fonti di pari grado), sia passiva (capacità di resistere all'abrogazione da parte di norme, fonti di grado inferiore). Non è affatto sicuro, invece, che sia vera anche la reciproca, e cioè che la diversità della forza si risolva sempre in una diversità della posizione gerarchica occupata nel sistema. Questo è un aspetto che (oltre a trovare un puntuale riscontro nella giurisprudenza costituzionale: v. la sent. n. 16 del 1978, che ha sancito l'inammissibilità delle richieste di referendum abrogativo aventi ad oggetto leggi "a forza passiva rinforzata") è stato ben chiarito dalla dottrina italiana, che ha parlato in proposito della esistenza di fonti (norme) "atipiche", e cioè di fonti (norme) per le quali si verifica il fenomeno della scissione tra la loro forma e la loro efficacia. Non è certo questa la sede per toccare tali formidabili problemi teorici; quanto appena detto, però, serve a chiarire che in seguito si parlerà (e con parsimonia) di "gerarchia" o di "rango" delle varie norme e delle varie fonti dando per scontata la sostanziale allusività di queste espressioni, che non possono certo dar conto di tutta la complessità dei fenomeni di volta in volta descritti.

2. Una prima categoria di possibili norme supracostituzionali è rappresentata per taluno dalle norme del diritto naturale, che si ritengono immesse nel nostro diritto positivo attraverso l'art. 2 Cost.: questo, riferendosi al "riconoscimento" dei diritti inviolabili, parrebbe infatti alludere ad una sorta di loro logica o storica preesistenza allo Stato.

L'idea della sovrapposizione del diritto naturale al (o della sua immissione nel) diritto positivo non è stata tuttavia accolta dalla Corte costituzionale, che non vi ha mai fatto allusione. Lo scetticismo mostrato dalla Corte ha molte radici. Qui, possiamo per brevità ricordare soltanto che l'argomento testuale sul quale ci si basa per affermare l'avvenuta immissione del diritto naturale nel diritto positivo ad opera dell'art. 2 Cost. è piuttosto fragile ed è smentito dagli stessi lavori preparatori della Costituzione. Questi, infatti, palesano come sia stata

chiara intenzione dei costituenti evitare l'impiego di formule eccessivamente impegnative sul piano del fondamento metapositivo dei diritti inviolabili.

3. Più complessa, la determinazione del rango delle norme extrastatali cui è la stessa Costituzione a fare rinvio, offrendo loro una peculiare "copertura costituzionale". Il caso più delicato è rappresentato dalle norme del diritto internazionale.

L'art. 10, primo comma, Cost., dispone che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". In questo modo, tali norme vengono automaticamente immesse nel nostro ordinamento per il solo fatto di venire ad esistenza, sicché l'art. 10 funziona da "trasformatore permanente" del diritto internazionale in diritto interno. Ma qual è il "rango" delle norme che vengono immesse nel nostro ordinamento dall'art. 10 Cost.?

E' noto che (come ha rilevato la dottrina) i lavori preparatori della Costituzione, i quali come poi vedremo sono ad altro proposito assai preziosi, non forniscono sul punto alcuna indicazione, ed anche questa è una ragione per la quale nella imponente letteratura che si è occupata dell'argomento non vi è accordo.

Molte, sono le tesi che sono state sostenute. Tra di esse si segnalano comunque soprattutto le seguenti: a) quella secondo la quale, quando si ha produzione di norme a mezzo di rinvio, le norme che ne sono oggetto sono destinate ad assumere lo stesso rango delle norme rinviati (qui, dunque, quello costituzionale); b) quella che giunge ad analoga conclusione fondandosi sul tenore testuale dell'art. 10 Cost. (che vuole che "tutto" l'ordinamento italiano si "conformi"), e precisa che le norme immesse tramite quella disposizione costituzionale si troverebbero in una posizione "atipica", in quanto avrebbero la sostanza di norme costituzionali senza essere state introdotte seguendo le forme usuali (art. 135 Cost.); c) quella che ritiene anch'essa che le norme immesse attraverso l'art. 10, primo comma, Cost., abbiano una posizione "atipica", ma si distingue dalla precedente perché afferma che, dal punto di vista della forza attiva, esse non potrebbero derogare alla Costituzione, mentre dal punto di vista della forza passiva sarebbero destinate a prevalere sulle leggi ordinarie (anche posteriori) in contrasto; d) quella che afferma che le norme in questione assumono nel nostro ordinamento il rango che sarebbe proprio della fonte necessaria per produrre nelle vie ordinarie una norma corrispondente (il loro rango, dunque, sarebbe costituzionale solo qualora la materia da esse regolata richiedesse l'intervento della fonte costituzionale); e) quella che attribuisce alle norme del diritto internazionale immesse nel nostro ordinamento in forza dell'art. 10 Cost. il rango di norme supracostituzionali.

Questa ipotesi, di particolare interesse in questa sede, è tuttavia rimasta relativamente isolata in dottrina, ed è respinta anche dalla giurisprudenza costituzionale.

4. Per la verità, i precedenti più antichi in materia (sentt. nn. 67 del 1961, 135 del 1963, 48 del 1967, 96 del 1973; 69 del 1976) sono poco significativi e non se ne possono desumere indicazioni definitive, tranne quella della utilizzabilità delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute quali parametri nel giudizio di costituzionalità.

Di notevole importanza è invece la sent. n. 48 del 1979.

Questa pronuncia ha distinto due categorie di norme del diritto internazionale generale, e precisamente quelle venute ad esistenza prima, e quelle formatesi invece dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. In ordine a queste seconde, la Corte fissa un principio assai preciso, e cioè che "il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione". In questo modo, la Corte ha conferito alle norme di diritto internazionale generale successive alla Costituzione la stessa posizione che - come vedremo - pertiene alle norme introdotte da leggi costituzionali o di revisione costituzionale, vincolate anch'esse al rispetto dei principi essenziali dell'ordinamento costituzionale. Incerta, invece, potrebbe sembrare la posizione della Corte in ordine all'altra categoria di norme. Nel caso sottoposto al suo esame, infatti, la Corte apparentemente ha evitato di pronunciarsi sul tema del contrasto fra norme di diritto internazionale generale e norme costituzionali: la norma internazionale coinvolta nel giudizio, infatti, si trovava - come dice la Corte - in un rapporto di "specialità", non già di contrasto, con le norme costituzionali con essa solo apparentemente confliggenti. La sua prevalenza, dunque, è fondata dalla Corte solo sul principio lex specialis derogat legi generali, e questa soluzione parrebbe del tutto influente rispetto al problema dell'eventuale rapporto gerarchico fra norme internazionali anteriori e norme costituzionali. Eppure, il riferimento al principio della lex specialis è probabilmente risolutore. Quel principio, infatti, trova applicazione soltanto nel caso in cui si vogliano definire i rapporti tra due fonti di pari grado, e non potrebbe essere logicamente invocato qualora le fonti raffrontate fossero poste su due gradini diversi della scala gerarchica. Si può dunque ritenere che il suo richiamo valga da implicita esclusione della supracostituzionalità delle norme di diritto internazionale generale anteriori all'entrata in vigore della Costituzione. Né potrebbe dirsi che, in forza del principio di specialità, la loro prevalenza sulle norme costituzionali finisca per essere - indirettamente - sempre assicurata: la specialità, infatti, va valutata caso per caso e non è detto che dal confronto escano sempre "vincitrici" le norme internazionali.

Per la Corte, dunque, la posizione delle norme internazionali generali anteriori alla Costituzione è diversa da quella delle norme successive. Le prime, sono poste sullo stesso piano di quelle costituzionali; le seconde, su quello delle norme contenute nelle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, (poiché come quelle sono tenute al rispetto dei principi costituzionali fondamentali).

Ciò che qui conta, comunque, è che la Corte costituzionale italiana ha negato la natura "supracostituzionale" delle norme del diritto internazionale generale, vuoi anteriori vuoi successive all'entrata in vigore della nostra Costituzione repubblicana.

5. Come sottinteso in quanto detto sub I.2., un'ultima categoria di possibili norme supracostituzionali potrebbe essere rappresentata da quelle che fanno parte della c.d. costituzione materiale, dalla quale la costituzione formale trarrebbe la propria legittimazione ed alla quale sarebbe perciò subordinata.

Va però detto che la teoria della costituzione materiale - a parte l'uso che se ne è fatto in ordine al problema dell'individuazione di diritti fondamentali "non enumerati" - ha trovato il suo terreno più fertile non già sul piano della identificazione di un insieme di principi che, nati nel corpo vivo della società, sarebbero sovraordinati alle norme della costituzione formale, quanto su quello dell'individuazione delle norme che, pur inserite in quest'ultima, corrispondono a principi della costituzione materiale e perciò si sottraggono alla revisione costituzionale. Sul punto, ci soffermeremo nel corso del prossimo paragrafo.

III. La "gerarchia" tra le norme costituzionali.

1. Interrogiamoci ora sulla questione della possibile diversità ontologica (ancora una volta potremmo parlare solo allusivamente di "gerarchia") da un lato tra le norme appartenenti alla Costituzione fra di loro, e dall'altro fra queste e quelle introdotte da leggi costituzionali o di revisione costituzionale.

Quanto al primo problema, si deve dire che in Italia non ha mai avuto soverchio successo la tesi, altrove prospettata (v. ad es. BVerfGE, 3, 225, 232), secondo cui si darebbero "norme costituzionali (anche originarie) incostituzionali". Non vi è traccia, in effetti, di simili ipotesi nella giurisprudenza costituzionale, e anche in dottrina il tema non è stato studiato con eccessivo interesse. Ciò non vuol dire, però, che una volta esclusa la possibilità della declaratoria di incostituzionalità di norme appartenenti alla Costituzione, la dottrina italiana abbia poi conferito a tutte queste norme la stessa forza giuridica o la stessa dignità assiologica.

Ciò vale soprattutto per quella tesi, diffusissima, secondo la quale all'interno della Costituzione sarebbero rinvenibili alcune norme che esprimono principi sommi, così fondamentali per l'esistenza stessa dell'ordine costituzionale da sottrarsi a qualunque modificazione anche attraverso il procedimento di revisione ex art. 138 Cost.

La dottrina costituzionalistica italiana ha identificato in vario modo tali principi supremi, sottratti allo stesso potere di revisione costituzionale. Alcuni di questi principi sarebbero immodificabili in forza di precise indicazioni testuali della Costituzione. Ciò vale ovviamente per il principio della forma repubblicana, sottratto espressamente alla revisione costituzionale dall'art. 139 Cost.. Ma vale, per una diffusa opinione, anche per i diritti "inviolabili". Altri principi sarebbero invece immodificabili per virtù delle loro caratteristiche sostanziali, a prescindere da quanto espressamente prevede il testo costituzionale. Così, si sono ritenute immodificabili le norme sul procedimento di revisione, che sono logicamente sottratte all'organo che esercita il relativo potere. E immodificabili, soprattutto, si sono definite quelle norme della costituzione formale il cui contenuto sia da ritenere corrispondente a quello dei principi della costituzione in senso materiale.

2. Quale che sia la via percorrendo la quale si giunge a tale risultato, la tesi che esista un gruppo di norme costituzionali differenziate dalle altre perché dotate di peculiare forza passiva (immodificabili) è dunque assai diffusa nella dottrina

italiana (anche se non manca chi nega l'esistenza di limiti assoluti impliciti, ulteriori rispetto a quello di cui all'art. 139, o chi nega puramente e semplicemente l'esistenza di limiti assoluti alla revisione, anche se espressi). Nello stesso ordine di idee si muove anche la giurisprudenza costituzionale.

Per la verità, sino ad una recente pronuncia, la Corte non aveva avuto modo di manifestare chiaramente il proprio pensiero in ordine al quesito che mette realmente alla prova le concezioni dei principi "supremi": le leggi costituzionali o di revisione costituzionale che violano quei principi possono ritenersi costituzionalmente illegittime, e possono quindi essere invalidate dal giudice costituzionale anche per vizi diversi da quelli meramente formali? Certo, alcuni precedenti mostravano la tendenza a muoversi in direzione dell'ammissione di un controllo di legittimità sui limiti materiali delle leggi costituzionali (sentt. nn. 38 del 1957 e 6 del 1970, cui aggi Alta Corte Reg. Sic., 10 settembre 1948), ma si trattava pur sempre di decisioni relative a casi assai particolari, nei quali la sindacabilità della legge costituzionale impugnata avrebbe potuto essere argomentata anche prescindendo dall'accoglimento della ipotesi dell'esistenza dei principi immodificabili. La sent. n. 1146 del 1988, ormai, elimina però ogni dubbio: la Corte afferma espressamente che "la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali". In ordine alla identificazione di questi principi supremi, poi, la Corte afferma che "tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".

L'accoglimento della tesi secondo la quale anche le leggi costituzionali o di revisione costituzionale potrebbero essere costituzionalmente illegittime, come pure l'accoglimento della teoria dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, non potrebbero dunque essere più chiari.

3. Oltre che in riferimento alle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, il tema dei principi costituzionali "supremi" o "fondamentali" è emerso anche in quella giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi di fonti dotate di una specifica "copertura costituzionale": in particolare, i Patti Lateranensi e i Trattati istitutivi delle Comunità europee. Non è certo il caso, qui, di descrivere i termini della giurisprudenza costituzionale in materia, o di ripercorrere tutto il vastissimo dibattito sviluppatosi in proposito in dottrina. Basti ricordare che - pur con vario argomentare - in entrambi i casi (v., per ciò che riguarda i Patti, sentt. nn. 30, 31 e - implicitamente - 32 del 1971; 12 e 195 del 1972; 175 del 1973; 50 del 1975 - implicitamente -; 1 del 1977; 16 del 1978; 16 e 18 del 1982; ord. n. 26 del 1985; per ciò che riguarda i Trattati istitutivi delle Comunità europee, sentt. nn. 183 del 1973; 170 del 1984), la Corte è partita dalla premessa della considerazione particolare riservata dalla Costituzione a quelle fonti, che (rispettivamente agli artt. 7 e 11) conferisce loro quella "copertura costituzionale" di cui dicevamo. Tale trattamento privilegiato, tuttavia, non può giungere - ha affermato la Corte

- sino al punto che l'applicazione di dette norme ponga a rischio i principi supremi o fondamentali del nostro ordinamento, dei quali si è già detto.

4. Va sottolineato che secondo parte della dottrina il tema dei principi supremi si pone in forme alquanto diverse nel caso in cui siano in gioco leggi costituzionali o di revisione costituzionale, oppure fonti "atipiche" come quelle comunitarie o quelle concordatarie. Nel primo caso, infatti, si tratta - come si è visto - di individuare solo i principi che identificano l'ordinamento costituzionale nel suo complesso, e perciò si sottraggono a qualunque modificazione (quantomeno) del loro contenuto essenziale. Nel secondo (esso stesso al suo interno differenziato), soprattutto di definire i principi che reggono i rapporti tra due ordinamenti sovrani e reciprocamente indipendenti. Non è detto, dunque, che i principi "supremi" che operano in un certo modo nella giurisprudenza in materia comunitaria o concordataria si atteggiino nello stesso modo in quella sulle leggi costituzionali o di revisione costituzionale, e neppure che nell'uno o nell'altro caso siano "supremi" gli stessi principi. Un esempio del diverso statuto dei principi supremi nelle due evenienze sarebbe offerto dal principio di eguaglianza (sicuro limite della revisione costituzionale). Secondo alcuni autori, in materia concordataria la Corte ne avrebbe addirittura negato la natura di principio supremo, ma anche a ritenere altrimenti è comunque da notare che la sua operatività è stata in effetti essa circoscritta, in base alla considerazione secondo cui è lo stesso art. 7 Cost. a legittimarne la deroga (cfr. sentt. nn. 32 del 1971 e 16 del 1982; ord. n. 26 del 1985).

Può dunque essere un problema, che in ordine ai principi supremi la giurisprudenza costituzionale più consistente si sia maturata più in riferimento alle fonti atipiche che a quelle costituzionali. Anche in quel settore, peraltro, la Corte non ha avuto sinora occasione di fornire un elenco completo dei principi supremi. E' anzi piuttosto raro individuare singoli principi che siano stati definiti supremi in modo espresso. Ciò è accaduto in parte per il principio della unità della giurisdizione dello Stato (sent. n. 30 del 1971), e soprattutto per quello del riconoscimento del "diritto alla tutela giurisdizionale" (da ultimo, sent. n. 232 del 1989), anche se la Corte ha precisato che esso va inteso solo nel suo "nucleo più ristretto ed essenziale" (sent. n. 18 del 1982). Recentemente, in una sentenza molto attesa relativa all'insegnamento scolastico della religione cattolica, si è altresì ritenuto supremo il principio della laicità dello Stato, che è stato desunto dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20 Cost., e definito "uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica" (sent. n. 203 del 1989).

E' possibile però rinvenire affermazioni più generali, che in estratto possono valere anche nel campo della revisione costituzionale. Ad esempio, in materia comunitaria la Corte ha inserito senza incertezze fra i principi fondamentali anche i "diritti inalienabili della persona umana" (sentt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984), mentre in materia concordataria ha indirettamente richiamato lo stesso principio democratico (sent. n. 30 del 1971). Per quanto riguarda in particolare i diritti inviolabili, è comunque da ricordare che ormai il loro inserimento fra i limiti alle leggi di revisione costituzionale è chiaramente sancito dalla sent. n. 1146 del 1988 (cit. al n. 2).

4. Se in Italia l'idea della supremazia di alcuni principi costituzionali sugli altri è - come si è visto - accolta dalla giurisprudenza costituzionale e da gran parte della dottrina, non può dirsi altrettanto per la tesi secondo cui tutta la Costituzione sarebbe percorsa dal disegno di una chiara gerarchia di valori (così come è avvenuto ad esempio nella giurisprudenza costituzionale tedesca: cfr. BVerfGE, 7, 198, 205).

Certo, anche nella giurisprudenza italiana si incontrano alcuni passaggi in cui è esplicito il riferimento alla gerarchia dei valori costituzionali (cfr. ad es. sentt. nn. 255 e 278 del 1987), ma questa non è mai intesa in forma rigida e tanto meno generale. Né mancano casi in cui viene evidenziata un'attenzione particolare per certi valori costituzionali: basti citare l'esempio del passaggio (protetto dall'art. 9 Cost.), che la Corte ha definito "valore primario" (sents. nn. 359 del 1985, 191 e 210 del 1987), addirittura "insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro" (sent. n. 151 del 1986). Queste formule, però, hanno soprattutto la funzione di sottolineare la primazia di un certo valore nello specifico caso esaminato dalla Corte, e non esprimono l'idea di una gerarchizzazione di tutti i valori costituzionali. Del resto, per restare all'esempio appena fatto, è significativo che in una occasione di poco precedente la Corte avesse negato alla tutela del passaggio il rango di "principio supremo" (ord. n. 26 del 1985).

IV. Norme supracostituzionali e protezione dei diritti fondamentali.

1. Come si è già detto, la teoria secondo cui il nostro ordinamento riconoscerebbe l'esistenza di norme supracostituzionali ha avuto un certo seguito, da noi, soprattutto quando è stata prospettata entro l'universo logico della dottrina della costituzione in senso materiale. Nelle sue altre forme, invece, essa ha incontrato una accoglienza assai più tiepida ed incerta.

Anche in questo suo più fortunato modo di manifestarsi, però, quella teoria ha avuto un rilievo pratico relativamente limitato nella materia dei diritti fondamentali. Ciò vale, anzitutto, sul piano della identificazione dei diritti fondamentali innominati: se in dottrina non manca chi allo scopo fa riferimento alla costituzione materiale (cfr. par. I, n. 2.), nella giurisprudenza costituzionale si sono invece seguite altre vie, segnate da una più spiccata attenzione per il testo costituzionale.

Nonostante le apparenze, la dottrina della costituzione materiale ha avuto effetti piuttosto limitati nei confronti della giurisprudenza costituzionale anche sul piano dell'inserimento dei diritti fondamentali tra i principi supremi della Costituzione da ritenersi immodificabili. È vero, infatti, che la giurisprudenza costituzionale ha accolto la tesi della esistenza di principi costituzionali supremi, tesi che è cara appunto ai teorici della costituzione in senso materiale (cfr. par. III, n. 1.). Essa, tuttavia, non ha mai fatto ricorso a quella nozione per argomentare l'inserimento dei diritti "inviolabili" tra quei principi supremi, ed ha considerato la caratteristica della inviolabilità condizione necessaria e sufficiente per ottenere tale risultato. Questa caratteristica, come si è appena detto, è desunta a sua volta dalla Corte senza bisogno di ricorrere alla nozione di costituzione materiale.

2. Mentre sulla scarsa utilizzabilità del diritto naturale al fine di una migliore protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano non occorre ritornare, va prestata attenzione alla funzione che potrebbero svolgere su questo piano le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Si è già detto che la loro natura di norme supracostituzionali è in genere negata dalla dottrina, come pure che essa non è desumibile dalla giurisprudenza costituzionale. Anche nella loro veste di norme di rango costituzionale, tuttavia, esse potrebbero in astratto avere un notevole rilievo nella materia dei diritti fondamentali. Qualora si accertasse, infatti, l'esistenza di norme di diritto internazionale generale che riconoscono diritti fondamentali sconosciuti al diritto interno (ovvero dettano una disciplina originale di diritti noti), il catalogo costituzionale dei diritti ne risulterebbe integrato o modificato, proprio per la collocazione di quelle norme sullo stesso piano delle norme costituzionali. Le norme di diritto internazionale cui in quest'ottica è naturale pensare, sono evidentemente quelle delle varie dichiarazioni o convenzioni internazionali dirette alla protezione dei diritti dell'uomo, e cioè - per star solo a quelle di più ampio contenuto - la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e i Patti di New York del 1966 (non certo le convenzioni "regionali" come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, per loro natura non "generali").

L'utilizzabilità di tali norme in funzione di un arricchimento del catalogo costituzionale dei diritti è tuttavia alquanto problematica. Perché tali norme siano direttamente recepite nel nostro ordinamento con il rango loro conferito dall'art. 10 Cost., infatti, occorre che esse siano "generalmente riconosciute". Ebbene, la dottrina dominante e la giurisprudenza costituzionale (in quella ordinaria c'è qualche incertezza: v. Cass., Sez. un., 31 luglio 1967 n. 2035, in Riv. dir. int. 1969, 590) ritengono che tale qualifica debba essere riservata alle sole norme del diritto internazionale generale, e cioè alle sole norme consuetudinarie (ivi compresi tutt'al più i "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili" di cui parla l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia). Restano invece escluse dalla categoria le norme pattizie. La natura pattizia delle norme internazionali dirette alla protezione dei diritti umani, dunque, impedisce il loro ingresso nel nostro ordinamento in forza dell'adattamento automatico previsto dall'art. 10, primo comma, Cost. Semmai (sent. n. 120 del 1967), quelle norme possono vedersi assegnato nell'ordinamento italiano una posizione particolare grazie al secondo comma dello stesso art. 10, il quale dispone che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali". Ma è evidente che tale immissione ha conseguenze limitate al trattamento dello straniero, e non può dunque valere nei confronti dei cittadini e dei loro diritti fondamentali.

Il giudice costituzionale italiano ha dunque respinto la tesi, sostenuta da una autorevole dottrina, che ritiene aperta la via dell'adattamento automatico anche nei confronti delle norme pattizie. Tra le norme di diritto internazionale generale, si dice, c'è anche la norma pacta sunt servanda: l'adattamento del nostro ordinamento a quella norma, logicamente, dovrebbe comportare anche l'adattamento alle norme pattizie, perché questo sarebbe il solo modo di non violarla. Questa tesi - che si presenta anche sotto forme più sfumate, come quella che vorrebbe

operante nel nostro ordinamento la norma pacta recepta sunt servanda, con la conseguenza della peculiare forza passiva delle leggi di esecuzione dei trattati internazionali - è però in contrasto con i lavori preparatori della Costituzione, dai quali in effetti si desume la chiara volontà di limitare l'adattamento automatico dell'ordinamento italiano alle sole norme consuetudinarie. Inoltre, la norma pacta sunt servanda è "norma strumentale e non suscettibile di applicazione nell'ordinamento interno" (sent. n. 323 del 1989).

Va dunque ribadito che la giurisprudenza costituzionale è saldamente orientata in senso opposto a quello indicato dalla dottrina ora indicata. Essa, invece, ha costantemente affermato che l'adattamento automatico è limitato alle sole norme consuetudinarie, mentre (salve le eccezioni delle quali tra poco si dirà) alle norme pattizie - quale che sia la loro importanza - spetta il rango che è proprio della fonte che le immette nel nostro ordinamento, e cioè quello della legge ordinaria (cfr. sentt. nn. 32 del 1960, 68 del 1961, 135 del 1963, 14 del 1964, 104 del 1969, 96 del 1973, 69 del 1976, 54 del 1979, 188 del 1980, 96 del 1982, 153 del 1987, 323 del 1989, nonché, in sede penale, ord. 6 febbraio 1979). In alcuni casi, anzi, la presenza di norme pattizie è stata addotta quale prova della inesistenza di vere e proprie consuetudini internazionali (sent. n. 48 del 1967).

Rilievo ancora minore è poi da assegnare, nel nostro ordinamento, alle risoluzioni delle varie organizzazioni internazionali, ivi compresa l'ONU. Esse, infatti, non solo non sono in grado di produrre norme generalmente riconosciute, ma non possono neppure ritenersi giuridicamente vincolanti per gli Stati aderenti (sent. n. 18 del 1989).

Anche se si esclude che le norme internazionali sui diritti umani abbiano il rango peculiare che viene conferito dall'art. 10 Cost. alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, esse possono comunque esplicare una notevole influenza nei confronti della Costituzione, almeno sul piano della sua interpretazione. E' questa, in effetti, la posizione più comune in dottrina, e sono numerosissime le sentenze costituzionali che affermano l'utilizzabilità di tali norme o più ancora di quelle delle stesse convenzioni in materia di diritti umani (espressione in genere di un vasto accordo nella comunità internazionale) sul terreno del chiarimento del valore e del significato attuali delle garanzie legislative e costituzionali dei diritti fondamentali (v. ad es. sentt. nn. 127 del 1977, 128 del 1987, 404 del 1988, 50 del 1989). Non è raro, d'altro canto, che il richiamo alle convenzioni internazionali sui diritti umani sia fatto allo scopo di rafforzare la motivazione (quasi a dimostrare l'esistenza di una communis opinio favorevole) (sent. n. 103 del 1989).

3. I soli trattati che (a prescindere dal Trattato del Laterano, cui si riannoda una problematica ancora diversa) occupino nel nostro ordinamento una posizione particolare, sono i Trattati istitutivi delle Comunità europee. Nonostante siano stati resi esecutivi in Italia per mezzo di leggi ordinarie, essi possiedono una peculiare forza, sia attiva (potendo in buona sostanza derogare alla Costituzione, pur nel limite del rispetto dei principi fondamentali: sent. n. 183 del 1973) che passiva (potendo resistere all'abrogazione da parte di leggi o atti con forza di legge: sent. n. 96 del 1982). Tali Trattati, però, sono di scarso aiuto nella integrazione del catalogo costituzionale

dei diritti. Come è noto, infatti, essi sono assai parsimoniosi in materia di diritti fondamentali, talché i soli diritti che ne sono con qualche sicurezza desumibili sono la libertà di circolazione dei lavoratori e il diritto a non essere discriminati in ragione della nazionalità o del sesso.

Un vero e proprio Bill of Rights dei cittadini europei, è stato detto, è disegnato semmai dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Questa però, come abbiamo visto, non può pretendere di avere ingresso nel nostro ordinamento per la porta dell'art. 10, primo comma, Cost.. D'altro canto, essa non appartiene neppure all'universo del diritto comunitario, e non gode dunque della peculiare copertura che nel nostro ordinamento è offerta alle fonti comunitarie dall'art. 11 Cost.. La legge che dà esecuzione alla Convenzione (l. 4 agosto 1955 n. 848), dunque, non possiede (anche se parte della dottrina si sta invece orientando in questo senso) neppure la forza passiva delle fonti comunitarie, che nel nostro ordinamento resistono all'abrogazione da parte delle leggi statali successive contrastanti, le quali vanno anzi direttamente disapplicate senza bisogno di una declaratoria di incostituzionalità (così la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalla sent. n. 170 del 1984, confermata in seguito costantemente: v. da ultimo sent. n. 389 del 1989). Ciononostante, prospettive nuove di influenza sull'ordinamento italiano potrebbero arridere alla Convenzione in conseguenza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Come è noto, questa, a partire dai casi Nold (1974) e Rutili (1975), ha cominciato a fare uso non solo dei diritti fondamentali facenti parte delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", ma anche - direttamente - della stessa Convenzione europea. La protezione riconosciuta a livello comunitario ai diritti garantiti dalla Convenzione, pertanto, potrebbe avere almeno un effetto di trascinamento sul diritto degli Stati membri. Va però rilevato che l'influenza della Convenzione e quella delle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" delle Comunità europee al fine del potenziamento delle garanzie dei diritti fondamentali già riconosciute dalla Costituzione italiana potrebbe rivelarsi alquanto limitata. La Corte ha infatti già rilevato che "almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario" (sent. n. 232 del 1989).

V. Gerarchia tra norme costituzionali, protezione dei diritti fondamentali e conflitti tra valori costituzionali.

1. L'inserimento dei diritti inviolabili tra i principi supremi segnala, secondo alcuni autori, se non un vero e proprio rapporto di gerarchia nei confronti delle altre norme costituzionali, almeno una loro diversa qualità assiologica. Questa, potrebbe in astratto risolversi in un trattamento di favore dei diritti inviolabili, nel caso di conflitto con altri interessi costituzionalmente protetti, ed in effetti nella giurisprudenza costituzionale si può cogliere un particolare favor nei confronti dei diritti fondamentali. Non è però dato rintracciare affermazioni generali o di principio sulle tecniche decisionali che debbono adottarsi nel caso in cui si debba risolvere un conflitto di questo genere.

Il principio che sempre più di frequente viene affermato nella

giurisprudenza costituzionale è comunque quello per cui è necessario procedere ad un bilanciamento tra l'esigenza di proteggere il diritto fondamentale e quella di salvaguardare gli interessi con esso confliggenti, in qualche modo meritevoli di tutela costituzionale. Sotto questo profilo, però, il richiamo alla necessità del bilanciamento non si distingue affatto da quello che la Corte fa ogni volta che si trova a dover risolvere un contrasto fra più esigenze costituzionalmente pregiate (v., per stare alla sola giurisprudenza del 1989, le sentt. nn. 24, 78, 100 e 181, nonché le ordd. nn. 115 e 116). Anche nel caso dei diritti fondamentali, perciò, vale il principio secondo cui il diritto è limitabile in funzione della protezione di altri interessi costituzionali, ma sempre se limitazioni al diritto sono tollerabili e ragionevoli (da ultimo, sent. n. 103 del 1989) e sempre senza che del diritto non risultino snaturati lo scopo e le funzioni (da ultimo, sent. n. 543 del 1989), ovvero senza che la disciplina delle modalità del suo esercizio sia tale da svuotarlo sostanzialmente di contenuto (da ultimo, sentt. nn. 1143 del 1988, 530 e 568 del 1989). Tutto ciò, indubbiamente, evoca la tematica del c.d. "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali, che non a caso la recente sent. n. 1146 del 1988 (cit. al par. III, n. 2) ritiene così intangibile da porlo al riparo della stessa revisione costituzionale. Questa tematica, peraltro, è stata sinora sviluppata soprattutto in riferimento a diritti, come quello di proprietà (sentt. nn. 55 del 1968 e 5 del 1980) cui la Corte ha espressamente negato la qualifica della fundamentalità (sent. n. 22 del 1971).

2. Soffermarsi su questi aspetti della giurisprudenza costituzionale italiana richiederebbe uno spazio enorme, incompatibile con i limiti di questa relazione. Si possono comunque segnalare due dati emergenti (più chiaramente che in passato) dalla più recente giurisprudenza. Anzitutto, che nel bilanciamento si tiene maggiormente conto della discrezionalità del legislatore quando sono coinvolti diritti sociali (almeno se consistenti in diritti a prestazione): come ha osservato la sent. n. 252 del 1989, un diritto sociale è un "diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività; solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfattibili, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi e fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali". In secondo luogo, che il bilanciamento incontra maggiori difficoltà a svolgersi qualora siano in gioco interessi che non sono direttamente di pregio costituzionale: la sent. n. 232 del 1989, infatti, ha escluso che "le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto" potessero esser poste a raffronto con il diritto fondamentale (e compreso espressamente tra i principi supremi) alla tutela giurisdizionale.