

Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo

Sommario: 1. La garanzia dei diritti nello “stato di legislazione”. Gli sviluppi dell’esperienza liberale: dal garantismo alla fondazione statualistica dei diritti pubblici. – 2. Garanzie costituzionali e trasformazioni del ruolo delle costituzioni nelle democrazie pluralistiche.- 3. La multidimensionalità dei diritti fondamentali e la articolazione del sistema delle garanzie.- 4. Le nuove sfide del garantismo nello stato costituzionale.

1.- Sul finire del XIX secolo, nella *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Vittorio Emanuele Orlando tentava la sistemazione teorica di un tema classico della cultura giuridica del liberalismo ottocentesco, rivisitandolo alla luce delle coeve elaborazioni della letteratura giuspubblicistica tedesca.¹ Orlando partiva dalla premessa che “il rispetto che lo stato deve alla sfera giuridica individuale” costituisce “un altro dei lati della quistione” della “espressione di libertà individuale in senso stretto, o, come più comunemente si dice, di libertà civile”. Ma questo aspetto dei diritti era –avvertiva Orlando- il solo ad essere oggetto di studio nel diritto pubblico, il quale si occupa per l’appunto “solo delle *guarentigie* che sono la comune sanzione di essi, nel modo e con le limitazioni” che lo stato ordinamento contempla.² Di qui una nozione essenzialmente tecnica delle *guarentigie*, indipendente dal “contenuto” delle “manifestazioni di libertà”, e consistente “nell’accertamento e nella difesa di un diritto privato del cittadino, che sia stato leso dall’azione dello Stato”.

Passando successivamente ad esaminare come, in rapporto ad ognuna delle attività dello stato, “si ponga e si risolva il problema delle *guarentigie*”, Orlando escludeva anzitutto che “la libertà civile del privato” abbia “una guarentigia contro l’atto del potere giudiziario”. Tutto il diritto processuale, infatti, “tende a prevenire la possibilità che il diritto del cittadino, per errore o per malafede, venga leso o negato dal giudice”, ed “è soprattutto a questo fine che tendono i diversi gradi di giurisdizione”, sicchè, contro la sentenza definitiva, “non solo non è concepibile la difesa giurisdizionale, ma manca l’ipotesi di essa, cioè l’offesa di un diritto”. A più forte ragione, Orlando negava che fosse configurabile la difesa giurisdizionale avverso un atto del potere legislativo, poiché “astrattamente, il potere legislativo non può far male né ledere alcun diritto del privato, e ciò per la ragione intuitiva che la legge si presume che sia l’espressione del diritto come

¹ V.E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, Torino 1890, 919 ss.

norma generale”. Certamente, osservava ancora Orlando, “il nuovo provvedimento legislativo può certamente ledere molti interessi”, così come può di fatto accadere che “la legge riesca cattiva o iniqua”, ma “nell’ordine giuridico sta sempre quella presunzione senza cui gli Stati non potrebbero reggersi, che la legge corrisponda al diritto, ciò che toglie persino l’ipotesi di una difesa giurisdizionale”. L’area delle *guarentigie* dei diritti si circoscriveva ulteriormente, in definitiva, al campo dei rapporti con il potere esecutivo, ove essa “trova dunque veramente luogo”, in coerenza, pertanto, con un impianto del sistema delle garanzie profondamente ed esclusivamente radicato nei presupposti dello *stato di legislazione*. La tutela del cittadino nei confronti dell’amministrazione pubblica trova infatti il proprio fondamento e “la sua garanzia diretta nella *legge*, da cui tutti i diritti, mediatamente o immediatamente, derivano”.³

Riecheggiano, in questi passaggi della riflessione orlandiana, motivi e temi diffusi nella cultura giuridica liberale, che, pur muovendo dall’idea della priorità e dell’universalità dei diritti di libertà, sarebbe approdata ad una sostanziale funzionalizzazione di essi agli assetti istituzionali dell’ordine borghese, attraverso il completo incardinamento dei diritti nella costituzione politica rappresentativa e nelle dinamiche del parlamentarismo, da un lato, e dall’altro attraverso la progressiva affermazione del fondamento statualistico dei diritti pubblici.⁴ Di qui, in primo luogo, una fiducia illimitata nella legge, nella sua capacità regolatrice di rapporti sociali fondati sui principi del liberismo economico, e nei canoni della generalità e dell’astrattezza del precetto legislativo come precipua *garanzia di libertà* in una società governata dalle leggi del mercato. Può forse sorprendere che Orlando riproponesse con forza questi motivi del liberalismo giuridico sul finire del XIX secolo, quando la crisi del capitalismo concorrenziale e le spinte crescenti all’allargamento del processo politico già facevano intravedere crepe profonde nel dogma della supremazia della legge parlamentare come comando generale ed astratto⁵. E si può osservare ancora che, in altri autori contemporanei di Orlando, l’affermazione del legame fra il sistema delle garanzie dei diritti ed un processo politico egemonizzato dalla borghesia politicamente attiva cominciava a manifestare qualche incertezza, e che iniziava a farsi strada l’idea del nesso fra le garanzie

² V.E. Orlando, op.ult.cit.; nonché *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1912, 268 s.

³ V.E. Orlando, op. ult. cit., 299 ss.; *Teoria giuridica* cit., libro I.

⁴ Per questa vicenda, v. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 127 ss.; P. Costa, *Lo stato immaginario*, Milano 1986; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M. 1991, 67 ss.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino 1995; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 313 ss.; P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997, 26 ss.

⁵ F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, 245 ss.

ed un sostrato comune, poggiato “sulla convinzione morale” e “sulla comunità di interessi”, che può avere un’efficacia non minore di “altre garanzie apparentemente più sicure”: così, ad esempio, aggiungeva ancora Georg Jellinek, se certamente la tutela dei diritti verso lo stato “è garantita innanzi tutto dall’operare conforme al dovere del complesso degli organi dello Stato”, e dal compito, imposto a questi, “di soddisfare le pretese individuali riconosciute giuridicamente”, una “garanzia della realizzazione del diritto” è già riposta “nel gioco degli interessi che, coll’incrociarsi in mille modi fra loro, si rinvigoriscono”.⁶ Ma, in definitiva, vincolo dei tribunali alla legge e generalità della legge costituivano ancora solidi ancoraggi dell’ideologia della supremazia del circuito rappresentativo nello stato monoclasse borghese.

In secondo luogo, la ricostruzione orlandiana suggeriva una definizione essenzialmente “tecnicistica” delle garanzie, che faceva completa astrazione dai profili contenutistici dei diritti di libertà, che ne costituivano l’oggetto. Tale conclusione era anch’essa coerente anzitutto con le premesse statualistiche: porre il problema della libertà “dal lato della guarentigia”, e considerare tale profilo come integralmente incluso nella dimensione statualistica, quella dell’ “*allgemeiner Rechtsschutz der Staatsbürger gegen die Staatsgewalt*”, apparivano ad Orlando, così come già a Gerber, al quale il giurista italiano si richiamava, due facce della stessa medaglia. Ed una siffatta prospettiva presupponeva, inoltre, il palese rifiuto di una considerazione *sistemica* dei diritti di libertà, come quella di coloro che apparivano preoccupati “moltissimo delle *dichiarazioni* dei loro diritti, ma troppo poco della *guarentigia* di essi”, laddove, “se ai rapporti privati si guarda, la concessione e la dichiarazione di un diritto sarebbe semplicemente il nulla, quando non fosse accompagnata dai mezzi onde farlo valere”.⁷ Si palesa con chiarezza, in queste posizioni, quella torsione in senso statualistico del garantismo elaborato dalla cultura liberale dei primi decenni dell’Ottocento, che investe in pieno il tema del rapporto fra costituzione e garanzie. Il pregiudizio della inammissibilità di diritti individuali nel campo del diritto pubblico, che in Gerber e Laband aveva trovato la sua più compiuta sistemazione dogmatica, viene almeno in parte corretto dall’affermazione della subordinazione del cittadino e dello stato amministrazione alla volontà superiore dello stato ordinamento incardinata nel principio di legalità. Ma, allo stesso tempo, la concezione garantista della costituzione, propria del primo costituzionalismo, si converte, occultando il proprio contesto ideologico-politico, nel positivismo. L’omogeneità

⁶ G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), Milano 1912, 387 ss.

⁷ V.E. Orlando, *Teoria giuridica* cit., 920.

economico-sociale delle basi dello stato liberale ottocentesco disloca pertanto la garanzia dei diritti dal piano delle dichiarazioni costituzionali al livello della legalità, e dunque al livello espresso dal processo politico svolgentesi nelle assemblee rappresentative: in esso il potere e l'ordine borghese rinvergono un' autonoma fonte di legittimazione, che la costituzione riflette; in esso si embrica l'impianto delle garanzie dei diritti, che ha, positivisticamente, il suo perno nella "norma che vale positivamente", che è "solo la legge dello stato volta a volta presente o la norma imposta, sancita da una volontà che intende imporsi".⁸

Questo itinerario delle garanzie nel costituzionalismo liberale ottocentesco, da perno di un ordine costituzionale integralmente funzionalizzato alla protezione dei diritti di libertà a manifestazioni del diritto *posto* dal legislatore, nel quale esse si risolvono e si identificano, è emblematicamente rispecchiato dalla riflessione orlandiana, impiantata solidamente sulla premessa che "l'atto del legislatore" sia, in linea di principio, "l'espressione immediata del Diritto": da essa, coerentemente si faceva discendere l'incompatibilità con la ricostruzione sistematica delle *guarentigie costituzionali* non soltanto del controllo di costituzionalità delle leggi, ma altresì del diritto alla *resistenza collettiva legale*, quella, cioè, che consente all'opinione pubblica azioni dirette a ristabilire il diritto con modalità alternative a quelle svolgentisi nell'alveo del principio rappresentativo. Tale forma di *guarentigia*, secondo Orlando, non può "più trovar luogo nel diritto pubblico odierno", anzitutto perché manca, nell'ordinamento costituzionale rappresentativo, "il modo onde il popolo possa subiettivamente farsi organo di una reazione intesa a reprimere l'arbitrio".⁹ E' questo un passaggio importante, non soltanto perché sottolinea il legame fra garanzie costituzionali e principio rappresentativo, che la cultura giuridica liberale venne ricostruendo in modo sempre più stretto: è alle Camere rappresentative, aggiungeva infatti Orlando, che spetta "il compito di farsi organi dei sentimenti popolari, e quindi di mettere in chiaro quegli arbitrii che in danno della libertà popolare si commettersero".¹⁰ E esso rivela altresì una visione riduttiva del ruolo dell'opinione pubblica, e della funzione di garanzia svolta dal libero gioco delle forze sociali. Ne risultava una ricostruzione delle garanzie costituzionali in perfetta sintonia con un quadro ancora ispirato dall'idea di fondo dell'indifferenza del diritto costituzionale alle articolazioni del tessuto pluralistico della società. Se da un lato infatti la resistenza

⁸ Così efficacemente C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea* (1943-44), a cura di A. Carrino, Roma 1996, 33.

⁹ V.E. Orlando, *Principi* cit., 306 ss.

¹⁰ V.E. Orlando, op. ult. cit., 308.

collettiva legale non poteva che essere il prodotto di una “forma *libera* di governo”, essa appariva tuttavia al giurista italiano come il relitto di risalenti giustificazioni di tipo pattizio o contrattualistico del fondamento degli ordinamenti costituzionali, del tutto superate dallo sforzo di unificazione politica realizzato dalla costituzione rappresentativa.

2.- Le trasformazioni profonde del costituzionalismo democratico del XX secolo, prodottesi in Europa a partire dal primo dopoguerra, hanno spezzato il nesso fra garanzia dei diritti e stato di legislazione. Innanzitutto, dal momento che le divisioni ed i conflitti delle società pluralistiche hanno investito in pieno il processo legislativo, “il legislatore è diventato una grandezza di unità problematica”, e la legge rispecchia per lo più il compromesso fra eterogenee coalizioni partitiche. Secondo Carl Schmitt, questa parabola della legge nelle “policrazie” avrebbe segnato il declino dell’approccio metodologico del giuspositivismo, poichè “la legge, quale grandezza impersonale ed obiettiva, resasi autonoma dai suoi *motivi* ed isolabile da questi, diventa un ponte sull’abisso della laceratezza politica interna”.¹¹ Ma, correlativamente, mutano significato e ruolo della costituzione, che non è più configurabile soltanto come fonte di un insieme di congegni di limitazione del potere, poichè essa diviene anzitutto il fondamento di legittimazione di democrazie che poggiano sul confronto fra gruppi, classi sociali, interessi ed aspirazioni differenti¹². Un itinerario, questo, che recuperava, in definitiva, ispirazioni e motivi di fondo, presenti in alcuni filoni della storia del costituzionalismo moderno, in quello statunitense, in particolare, nel quadro di un’esperienza costituzionale con forti connotazioni comunitarie e contrattualistiche, nella quale i diritti furono configurati sin dalle origini, non solo come limiti dei poteri pubblici, ma come “*basis and foundation of government*”.¹³

Questo scenario ha comportato la dilatazione dell’area della garanzia dei diritti. Ciò non soltanto perché il nucleo delle garanzie si articola, come dirò più avanti, in relazione all’ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali, ma anzitutto perché lo stesso riconoscimento costituzionale di questi, componendo in un sistema di valori le identità, gli interessi, gli antagonismi presenti nella società, viene ad assumere una precipua funzione

¹¹ C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea* cit., 54 s.; nonché, dello stesso A., *Legalität und Legitimität* (1920), IV ed., Berlin 1988, 20 ss.

¹² Per un bilancio di questa trasformazione, v. A. Baldassarre, *Diritti della persona* cit., XIII ss.; F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell’integrazione democratica*, Torino 1999.

di garanzia, rivolta ad assicurare la priorità dei valori sottesi al catalogo dei diritti e la indisponibilità di questi contenuti di valore da parte di maggioranze politiche contingenti. E' significativo che, mezzo secolo fa, proprio muovendo dalle trasformazioni della costituzione nelle democrazie pluralistiche, Mortati giudicasse non più adeguata, perché "tecnicistica" e "troppo restrittiva", la configurazione tradizionale delle garanzie costruita sulle basi dello stato di legislazione, e sottolineasse il legame fra garanzie e rigidità costituzionale. Mentre le costituzioni flessibili ottocentesche erano il "frutto di un equilibrio instabile fra forze contrapposte", di assetti di tipo dualistico, che avevano eluso il problema dell'attribuzione della sovranità, la rigidità costituzionale corrisponde, secondo Mortati, alla piena affermazione del principio della sovranità popolare come elemento caratterizzante della forma di stato, cosicché la costituzione stessa, "intesa nel suo vero senso di fondamento e di sostegno per ogni altra manifestazione dell'ordinamento, è essenzialmente auto-garanzia, garanzia cioè assicurata dalle forze politiche organizzate che la formano".¹⁴

Le costituzioni delle democrazie pluralistiche spezzano dunque l'intreccio fra parlamentarismo ed "individualismo possessivo"¹⁵, fra la supremazia della legge ed un impianto dei diritti fondato sulla coppia libertà individuale/proprietà, e dunque essenzialmente speculare alle esigenze di una società mercantile, fra garanzia dei diritti e diritto *post*o dal legislatore. Il ruolo che tali costituzioni giocano, in particolare attraverso i cataloghi dei diritti che esse racchiudono, deve essere rapportato essenzialmente alla complessità sociale, cui esse conferiscono un quadro di riferimento ed una tavola di valori. In questa cornice, esse costituiscono un fattore di riduzione della complessità sociale e di alleggerimento della conflittualità che si scarica sul processo politico, ma allo stesso tempo esse contribuiscono ad imbrigliarne di sbocchi, *orientandoli* assiologicamente e

¹³ Si v. testualmente il preambolo del *Bill of Rights* della Virginia del 1776. Su questo profilo, v. N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna 1987, 137 ss.; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung* cit., 52 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. I. La costituzione liberale*, Torino 1998.

¹⁴ C. Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato. 1959-1960*, a cura di S.Fois, Roma 1960, 221 ss. Sottolinea il rilievo di questo passaggio della riflessione di Mortati sulle garanzie A.A.Cervati, *Le garanzie costituzionali del pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di C.Mortati*, a cura di M.Galizia e P.Grossi, Milano 1990, 417 ss. La concezione tradizionale delle garanzie è sostanzialmente riproposta, nella letteratura italiana del secondo dopoguerra, da S. Galeotti, *La garanzia costituzionale*, Milano 1950. Sul rapporto fra rigidità e flessibilità costituzionale nel costituzionalismo liberale ottocentesco, v. A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 1 ss. (ove anche elementi di dissenso dalla ricostruzione storica di Mortati)

¹⁵ Riprendo la notissima ipotesi storiografica di G.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke* (1962), a cura di A.Negri, Milano 1978.

convogliandoli all'interno di un quadro di valori e di obiettivi fondamentali, che riflettono i complessi equilibri delle società pluralistiche.¹⁶

Il tema delle garanzie dei diritti appare pertanto inseparabile, in questo quadro di trasformazioni, dal mutato ruolo delle *costituzioni del pluralismo*¹⁷, per la varietà di interessi e di identità che esse debbono far convivere, e, correlativamente, dall'ampliamento del contenuto di esse, per la complessità degli obiettivi e dei valori fondamentali cui si ispirano. Ma il tema delle garanzie si carica, allo stesso tempo, di un'inedita problematicità, proprio se lo si vuole considerare alla luce di quel "punto di vista esterno" della fondazione dei diritti, che, secondo una recente e suggestiva ricostruzione, avrebbe costituito il filo conduttore delle teorie del garantismo.¹⁸ È plausibile infatti l'interrogativo se lo sviluppo storico che ha fatto sì che la costituzione si sia irradiata dallo stato alla società, che essa abbia *incorporato* la garanzia dei diritti, in quanto questa è, per così dire, immanente al quadro di riferimento dei valori costituzionali, non abbia comportato allo stesso tempo una recessione del significato *oppositivo* dei diritti di libertà e la dispersione del loro nucleo di garanzia a causa del prevalere di una prospettiva di tipo *sistemico*.

Il punto di partenza è, pertanto, l'apertura delle costituzioni democratiche europee del XX secolo alla società, alle reali condizioni di vita ed alla trama di relazioni sociali, entro le quali si dispiega la libertà umana¹⁹: un'apertura, che, agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, la seconda parte della costituzione di Weimar esprime emblematicamente già nell'articolazione del catalogo dei "diritti e doveri fondamentali dei tedeschi", riferita rispettivamente alle persone singole, alla vita collettiva, al fenomeno religioso, all'educazione e all'istruzione, alla vita economica.²⁰ Non è casuale che, su queste basi costituzionali, la cultura giuridica weimariana abbia preso atto del solco che separava la nuova esperienza costituzionale da quelle dello stato liberale ottocentesco, quanto all'impianto ed alla garanzia dei diritti fondamentali: quando, ad esempio, Hermann Heller sottolineava che le costituzioni erano oramai chiamate ad "*organizzare* la libertà

¹⁶ Per questa ricostruzione del ruolo delle costituzioni, v. N. Luhmann, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in *Der Staat*, 1973, 1 ss., 165 ss.; Id., *Stato di diritto e sistema sociale*, a cura di A. Febbrajo, Napoli 1978, specialmente 65 ss.

¹⁷ Uso una fortunata espressione di P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts. 1980.

¹⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1989, 922 ss.

¹⁹ Sul punto, v. L. Elia, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, in Aut.vari, *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, ss.

²⁰ Sugli aspetti generali e sul contesto storico-politico del catalogo dei diritti nella Costituzione di Weimar, v. R. Thoma, *Grundbegriffe und Grundsätze*, in *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, diretto da G. Anschütz e R. Thoma, II, Tübingen 1932, 108 ss.; id., *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten*, ivi, 607 ss.; E.R. Huber, *Verfassungsgeschichte*, VI, München, 94 ss. Nella letteratura italiana, v. C. Mortati, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), in *Raccolta di scritti*, IV, Milano 1972, 293 ss.

umana nella realtà sociale”²¹; o ancora quando Rudolf Smend rilevava che esse tendono a privilegiare la dimensione “fondativa” dei diritti, in quanto fattori di integrazione dell’individuo nella comunità statale, rispetto a quella “emancipativa” di derivazione liberale.²² La letteratura costituzionalistica ha sottolineato criticamente che tali ricostruzioni teoriche sono approdate talvolta, specie nella giurisprudenza tedesca della metà del secolo scorso, a prospettive, che hanno riposto nella *Gemeinschaftsbezogenheit*, nella “relazione dell’individuo con la comunità” il momento più alto della realizzazione dei diritti fondamentali.²³ In quella italiana, in particolare, sono stati denunciati i rischi, racchiusi nelle letture di tipo sistemico, della *funzionalizzazione* dei tradizionali diritti di libertà civile, i quali, al contrario, sarebbero attribuiti “all’uomo come tale e a vantaggio dell’uomo, al singolo per ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l’appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali”, e non per le “utilità sociali” che essi possono produrre²⁴.

Si può forse osservare che questa controversia teorica ha talvolta sottovalutato che le teorie del garantismo non si sono sempre identificate con una concezione esclusivamente *negativa* della libertà; che, nella storia del costituzionalismo moderno, l’idea di libertà come assenza di costrizione e l’idea di libertà come autonomia ed autorealizzazione del soggetto sono state, sin dall’inizio, presenti e si intersecano costantemente²⁵; e che, infine, i teorici del garantismo liberale, pur avendo tracciato una linea di demarcazione netta fra l’autodeterminazione individuale e quella collettiva, non sono giunti a postulare mai la separatezza fra la libertà civile e la libertà politica. In Benjamin Constant, ad esempio, l’una e l’altra si collocano in una cornice, in qualche misura sistemica, di *principi*, cosicchè, se dai diritti individuali egli distingueva “le garanzie accordate dalle istituzioni ai godimenti privati”, queste si impernavano poi essenzialmente nella libertà politica, che della libertà dei moderni appariva a Constant per l’appunto “l’*indispensabile* garanzia”.²⁶ Ma certamente, gli sviluppi dell’esperienza liberale nella seconda parte del XIX secolo, derivanti dalla saldatura fra spinte al rafforzamento dell’egemonia borghese e costruzione delle categorie giuridiche dello stato-nazione, avrebbero parzialmente travisato il quadro elaborato dalle prime teorie del garantismo liberale. Nel mutato clima del

²¹ H. Heller, *Staatslehre* (1934), Tübingen 1983, 309.

²² R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968, 313.

²³ Per una rassegna critica di questi indirizzi, v. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden Baden 1990.

²⁴ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano 1958, 8s.

²⁵ Si v. I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà* (1969), Milano 1989, 185 ss.; N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Napoli 1974, 147 ss.; A. Baldassarre, *Diritti della persona* cit., 223 ss.

costituzionalismo democratico del Novecento, ed alla luce dei nuovi principi di *legittimazione*, era davvero arduo ravvisare una linea di continuità con una configurazione dei diritti di libertà come *Abwehrrechte*, costruita sulla premessa della subordinazione dello *status* individuale di libertà ad un potere statale *autolimitantesi* nelle forme del principio di legalità, secondo la chiave interpretativa più liberale elaborata, sul finire del XIX secolo, da Georg Jellinek; né ancora con una teoria degli *status*, che considerava il singolo come astratto centro di imputazione di situazioni soggettive attive o passive, ed il rapporto fra individuo e pubblici poteri come un rapporto *astratto* dalle reali condizioni di vita del soggetto.²⁷

3.- Riflettendo criticamente sul significato dell'irrompere del pluralismo nell'esperienza costituzionale weimariana, Carl Schmitt osservò che l'ampliamento del catalogo dei diritti avrebbe inevitabilmente causato il depotenziamento del nucleo di garanzia degli stessi, a causa del relativizzarsi, se non del venir meno, di quel carattere oppositivo nel rapporto fra libertà e stato, che costituirebbe l'essenza dei diritti, i quali, per loro natura, sospingono l'individuo *contro_lo* stato.²⁸ Vi era dell'altro, tuttavia, nell'esperienza weimariana, e precisamente la presa d'atto della fine della separatezza della costituzione dalla società, del mutamento profondo del ruolo delle costituzioni, le quali non si fondano più su un ordine razionale conforme alle leggi di natura, ma sulle divisioni della società, e l'acquisita consapevolezza che nel contenuto di esse si riflettono e si riproducono i complessi equilibri delle società pluralistiche.²⁹

Il profilarsi di molteplici *dimensioni* dei diritti fondamentali è lo specchio di queste trasformazioni, ed è perfettamente coerente con gli assetti costituzionali della "società aperta", che sono essi stessi *pluridimensionali*, che non sono ispirati dall'assolutezza di un unico principio-guida, poiché in essi debbono invece armonizzarsi principi ed orientamenti diversi e talora confliggenti (ad esempio, la libertà e l'eguaglianza, il libero mercato e la solidarietà, l'unità della repubblica e le autonomie).³⁰ Certo, la componente *difensiva* dei

²⁶ B. Constant, *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma 1970, 227 ss.

²⁷ Per un bilancio critico della teoria degli *status* di Jellinek, v. K. Hesse, *Bedeutung der Grundrechte*, in *Handbuch des Verfassungsrechts*, a cura di E. Benda, W. Maihofer e H.J. Vogel, I, Berlin- New York 1995, 127 ss. Per un'ampia ricostruzione del contesto storico-culturale, in cui si inseriscono gli indirizzi di pensiero richiamati nel testo, v. F. Riccobono, *Soggetto Persona Diritti*, Napoli 1999, 43 ss.

²⁸ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin 1971, 166; Id., *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin 1958, 140 ss.

²⁹ Si v. su ciò P. Häberle, *Verfassungsrecht ohne Naturrecht* (1974), in *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin 1998, 93 ss.

³⁰ In generale, sulle trasformazioni del diritto costituzionale nella "società aperta", v. P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975), in *Verfassung als öffentlicher Prozeß* cit., 155 ss.

diritti , come spazi di libertà protetti da interferenze ed aggressioni esterne, resta un aspetto prioritario, poiché esso, indipendentemente dalla sua derivazione storica dalla teoria liberale della società, corrisponde ad un nucleo indefettibile dei diritti fondamentali, che condiziona il libero sviluppo della personalità nella varietà delle sue espressioni. Lo sviluppo dinamico dei diritti, imposto dalla complessità dei fini fondamentali che guidano gli assetti dello stato costituzionale contemporaneo, ha comportato tuttavia la “stratificazione” di molteplici significati ³¹, o, secondo un altro indirizzo, l’ampliamento delle *funzioni* dei diritti³². Accanto alla tradizionale dimensione individuale di derivazione liberale, fondata di pretese soggettive nei confronti dei pubblici poteri, si è profilata pertanto, nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche, anzitutto una dimensione istituzionale o ordinamentale: all’interno di essa hanno trovato collocazione in origine la protezione di complessi normativi, sfere di autonomia pubblica o privata, radicati nella realtà giuridica e sociale (le *garanzie di istituto*, appunto, della tradizione weimariana³³), ma successivamente anche l’efficacia *orizzontale* dei diritti, e cioè l’irradiamento di essi nella sfera dei rapporti fra i privati (la c.d. *Drittwirkung der Grundrechte*), ed infine l’insieme degli obblighi positivi di protezione dei diritti posti dall’ordinamento a carico dei pubblici poteri.³⁴ Allo stesso modo, l’allargamento della partecipazione politica, da un lato, e dall’altro il riconoscimento dell’impegno alla rimozione delle diseguaglianze e degli squilibri economico-sociali hanno arricchito i diritti fondamentali rispettivamente di una dimensione democratico-partecipativa, che ne sottolinea il valore come fattori di libertà e di apertura del processo politico, e dunque come elementi costitutivi della democrazia; e di una dimensione *leistungsstaatlich*, che prende corpo nel compito dei poteri pubblici di assicurare prestazioni, di promuovere le condizioni e di apprestare i mezzi necessari per rendere effettivo il godimento dei diritti.³⁵

E’ stato rilevato che questa multidimensionalità pone anzitutto problemi di *interpretazione* dei diritti fondamentali³⁶, specialmente allorchè tali dimensioni risultino stratificate all’interno di uno stesso diritto (della libertà di associazione, della libertà di informazione, del diritto alla salute, ad esempio), e che essa dovrebbe orientare alla

³¹ K. Hesse, *Bedeutung der Grundrechte* cit., 134 ss.

³² N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung* cit., 313 ss.

³³ F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, Breslau 1934; C. Schmitt, *Freiheitsrechte* cit.

³⁴ Sulla dimensione istituzionale dei diritti fondamentali, v., per un quadro delle differenti posizioni teoriche, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M. 1986; H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Berlin 1993; P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma 1993.

³⁵ Sull’una e l’altra, v., nell’amplissima letteratura, E. Denninger, *Staatsrecht*, II, Hamburg 1979, 185 ss.; P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus* cit., 163 ss.

³⁶ E. W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., 115 ss.

costruzione di una *teoria* dei diritti fondamentali, che rifugga da prospettive *unilateralizzanti*, le quali non risultano in alcun modo adeguate alla complessità della direzione di senso delle costituzioni del pluralismo.³⁷ Pertanto, ove si assumano chiavi di interpretazione dei diritti, che assolutizzino ciascuna delle differenti dimensioni che in essi risultano stratificate, ognuna di queste, considerata isolatamente, può appunto far smarrire tale direzione di senso. Così, ad esempio, qualora vengano assolutizzate, la dimensione individuale di derivazione liberale non potrà che approdare ad una sorta di “cecità” del sistema dei diritti nei riguardi della effettività di questi e della capacità di arginare la espansione di poteri privati forti; quella istituzionale comporterà il rischio della stabilizzazione e della sclerotizzazione della “libertà istituzionale”, dei principi ordinatori di determinati ambiti di vita, in istituti di privilegio in favore di determinate sfere sociali; quella democratico-partecipativa il rischio della funzionalizzazione dei diritti, della torsione di essi in *Freiheiten um zu*, trasformando spazi di libertà in sfere di competenza; ed infine, quella legata allo sviluppo dello *stato di prestazione* avrà come unico sbocco la completa remissione dell’effettività dei diritti alla discrezionalità politica, la trasformazione dei diritti in principi costitutivi di *compiti* affidati ai poteri pubblici.³⁸

Che questo allargamento del raggio di operatività dei diritti lasci intravedere l’esito della relativizzazione del contenuto di essi, attraverso il riferimento ai valori che orientano il sistema costituzionale, non sembra dubbio.³⁹ E tuttavia l’emersione di un’idea di libertà come concetto costituzionale aperto a sviluppi e virtualità molteplici⁴⁰ è fenomeno carico di conseguenze rilevanti proprio sul terreno della ridefinizione del sistema delle garanzie. Essa comporta che l’area della garanzia dei diritti risulta oggi più estesa, ma allo stesso tempo più articolata e differenziata nella sua intensità, in relazione al modo in cui, in ciascun diritto, si compongono gli obiettivi e le istanze presenti nel quadro costituzionale. Anche in questo, la vicenda delle trasformazioni della garanzia dei diritti si presenta perfettamente speculare agli itinerari della prescrittività della costituzione nelle democrazie pluralistiche: vi è un evidente parallelismo nel nesso fra ampliamento dei contenuti del diritto costituzionale e graduazione della efficacia prescrittiva delle norme costituzionali⁴¹,

³⁷ Per l’uso della coppia concettuale *Einseitigkeit – Gegenseitigkeit* come chiave di comprensione delle esperienze costituzionali contemporanee, v. G. Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München 1992.

³⁸ Per la ricostruzione di questi scenari, v. efficacemente E.W. Böckenförde, op.cit., 119 ss.

³⁹ Per la discussione critica di questo profilo, v. E. W. Böckenförde, op. cit., 129; E. Denninger, *Staatsrecht* cit., II, 183 ss.

⁴⁰ Su ciò v. W. Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin 1987, 47 ss.

⁴¹ Si v., per la messa a fuoco di questa problematica, i contributi oramai classici di E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione* (1964), a cura di C. Amirante, Milano 1973, spec. 287 ss.; V. Crisafulli, *Le norme programmatiche della Costituzione* (1952), in *Stato Popolo Governo*, Milano 1985, 53 ss.

ed in quello fra multidimensionalità dei diritti e estensione e differenziazione delle garanzie.

Ora, questi sviluppi hanno esteso, per un verso, l'area delle garanzie in ambiti, come quelli delle garanzie relative a strumenti procedimentali, dalla cui attivazione risulta condizionata la realizzazione di diritti costituzionali, o di quelle collegate alla eguaglianza delle *chances* nella comunicazione, nelle competizioni elettorali, nel finanziamento della politica, settori sostanzialmente inediti nell'impianto tradizionale delle garanzie. Ma essi hanno, per altro verso, comportato una graduazione della garanzia dei diritti costituzionali. E' un aspetto, questo, che è agevole rilevare anche rispetto ai diritti di libertà civile, ed in particolare a diritti, come quello alla libertà personale (art. 13 Cost.), cui pure la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto un valore prioritario e condizionante. Sembra difficile contestare, ad esempio, che le garanzie della libertà personale risultino particolarmente stringenti rispetto alle ipotesi di aggressione della sfera individuale, ma graduate di intensità, ed in qualche misura relativizzate, quando l'effettività della protezione della libertà personale richieda l'attivazione di apparati organizzativi o efficienza di strumenti processuali, o quando, come nel caso dei limiti della carcerazione preventiva, esse lascino spazi più ampi al potere di conformazione del legislatore.

Sotto questo profilo, appare inoltre emblematico l'itinerario della *riserva di legge*. Tale istituto è stato a lungo ricostruito in modo paradigmatico come congegno di garanzia dei diritti, poiché esso ha svolto un ruolo centrale nel processo di consolidamento della egemonia borghese nelle istituzioni rappresentative, ed è stato intimamente legato all'affermazione del principio della *preferenza di legge*.⁴² Ma esso ha potuto conservare tale funzione di garanzia, solo a prezzo di una trasformazione profonda, o forse più esattamente di una radicale riformulazione del suo fondamento e della sua collocazione, che rispecchiano, l'una e l'altra, l'ambivalenza della posizione della legge parlamentare nello stato costituzionale contemporaneo: strumento privilegiato di conformazione dei diritti costituzionali, intrinsecamente garantito sul terreno del procedimento, in funzione della tutela del contraddittorio e delle minoranze parlamentari⁴³, e ad un tempo strumento per *veicolare* nell'ordinamento gli orientamenti e gli obiettivi fondamentali della costituzione, e per vincolare allo sviluppo di questi il legislatore parlamentare. Il caso della riserva di legge illustra emblematicamente le virtualità racchiuse nel collegamento fra gli istituti di garanzia e la dimensione istituzionale/ordinamentale dei diritti: un collegamento

⁴² Sulla storia della riserva di legge, v. D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961.

⁴³ Su ciò, v. S. Fois, *La riserva di legge*, Milano 1963.

che accosta, in qualche misura, l'evoluzione della riserva di legge alle garanzie di istituto, indirizzate, secondo la originaria ricostruzione risalente alla letteratura weimariana, ad assicurare una speciale protezione a determinati istituti giuridici o complessi ordinamentali, allo scopo di preservarli dalla rimozione o dallo svuotamento ad opera del legislatore, ma che da queste si discosta poi sensibilmente. Mentre infatti le garanzie di istituto erano caratterizzate da un'intrinseca residualità, e destinate a riaspandersi solo nelle "situazioni di rischio" determinate dagli abusi del legislatore nei confronti di istituti, che questo era chiamato a regolare ed a delimitare, ben diverso appare oggi, specie nel caso delle c.d. *riserve rinforzate*, il vincolo alla discrezionalità del legislatore, derivante dalla riserva di legge, la quale non è più solo strumento di garanzia della legalità in senso formale, ma la via attraverso la quale la costituzione incanala il processo politico e le tecniche della democrazia procedurale entro un alveo di contenuti indisponibili dalla maggioranza parlamentare, vincolando il legislatore a scelte di valore, che la costituzione ha già individuato.⁴⁴

4.- Il quadro dell'evoluzione delle garanzie dei diritti nella storia del costituzionalismo, che ho appena tratteggiato, ha messo in luce, dunque, la progressiva dilatazione del concetto e del raggio di azione della garanzia dei diritti. Ma questo itinerario, che ha trasferito le garanzie dal piano delle "tecniche" o dei "congegni di sicurezza"⁴⁵ a quello costituzionale della ricerca di un punto di equilibrio fra libertà e integrazione, ha come sfondo una trasformazione profonda dell'impianto del riconoscimento dei diritti. Il sistema dei diritti costituzionali ha come chiave di volta, infatti, non più l'individuo, considerato come centro di una trama di situazioni soggettive riferite al rapporto con il potere statale, ma *l'homme situé*, nella varietà dei suoi bisogni e dei suoi interessi, nella realtà delle condizioni di vita, entro cui si sviluppa la personalità⁴⁶. Non consente, a mio avviso, di cogliere in tutta la sua complessità questa svolta nell'impianto dei diritti nelle democrazie pluralistiche la prospettiva che lo riconduce unilateralmente alla rinascita del giusnaturalismo nel secondo dopoguerra, ed ai filoni del personalismo, che ad essa erano strettamente collegati⁴⁷, i quali pure esercitarono,

⁴⁴ Per questa ricostruzione, v. G. Amato, *Individuo e autorità* cit., 308 ss.; ma anche L. Ferrajoli, op. cit., 926.

⁴⁵ Secondo l'espressione di S. Galeotti, *Garanzia costituzionale*, in *Enc. diritto*, XVIII, Milano 1969, 491 ss.

⁴⁶ E' un motivo ricorrente, questo, nella riflessione dei costituzionalisti sull'ispirazione complessiva delle costituzioni europee del secondo dopoguerra: si v., fra gli altri, G. Burdeau, *La démocratie*, Paris 1956, 63 ss.; V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il dir. del lavoro* 1954, 73 ss.; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione* (1954), in *Raccolta di scritti* cit., III, 225 ss.; C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna 1977

⁴⁷ In questo senso, sottovalutando il rapporto fra gli artt. 2 e 3 II co. Cost., N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Roma 1997, 330 ss.

attraverso la mediazione della cultura politica dei partiti di ispirazione cattolica, un'influenza forte sull'ispirazione delle costituzioni europee della metà del XX secolo, ed anche di quella italiana. Tale chiave di lettura rischia di non dare adeguato risalto, nella definizione dell'ispirazione di fondo del riconoscimento dei diritti, al contesto socio-economico ed alle "legature sociali"⁴⁸, che condizionano lo sviluppo della persona: un profilo che fa dell'impegno a rimuovere le diseguaglianze e le forme di subalternità sociale, e ad arginare la formazione di poteri privati un aspetto caratterizzante del costituzionalismo democratico-sociale europeo del secondo dopoguerra. Si profilano qui, nel collegare i principi costituzionali in tema di diritti ad un *Ausgleich* sul terreno economico-sociale, alla ricerca dell'equilibrio fra libertà e integrazione, significativi punti di contatto fra due esperienze costituzionali, quella tedesca e quella italiana, pur distanti, peraltro, nella scelta dei meccanismi di inclusione/esclusione del pluralismo sociale. Nell'una si sono progressivamente affermate letture della clausola della intangibilità della *Menschenwürde*, che ne hanno sottolineato le virtualità come principio capace di incidere sui meccanismi di integrazione sociale⁴⁹, se non addirittura come principio fondativo dei compiti pubblici di prestazione.⁵⁰ Nell'ispirazione della costituzione repubblicana, d'altra parte, acquista particolare risalto il legame fra il riconoscimento dei diritti della persona, dell'autonomia delle formazioni sociali e dei vincoli di solidarietà (art.2), ed il principio di eguaglianza sostanziale (art.3 II co.). Due norme costituzionali, che non furono evidentemente soltanto il risultato di uno scambio tattico fra i cattolici e le sinistre alla Costituente, ma, grazie al contributo di Basso e di Dossetti, costituiscono la base della forma di stato e l'asse portante di una *costituzione dei diritti*, che orienta l'ispirazione personalista e quella pluralista nella direzione di un complessivo disegno di liberazione e di innovazione sul terreno sociale, legando "la dimensione garantista alla dimensione programmatica", "le libertà tradizionali (ma tendenzialmente finalizzate) ai diritti sociali".⁵¹

Questa capacità di orientamento del sistema delle garanzie dei diritti lungo la direttrice della tensione dialettica fra consenso e conflitto sembra, in definitiva, l'indicazione più significativa, che emerge da alcune esperienze costituzionali della democrazia pluralistica: in quella tedesca, con una più marcata accentuazione di clausole di

⁴⁸ Secondo la nota espressione di R. Dahrendorf, *La libertà che cambia*, Bari- Roma, 1987, 104 ss.

⁴⁹ Così, ad es., E.R. Huber, *Bewahrung und Wandlung*, Berlin 1975, 365 ss.

⁵⁰ D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1987, 104 ss.

⁵¹ Così L. Elia, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti fra stato e società civile*, Bologna 1981, 48. V. ancora, sulla genesi delle scelte costituenti sulla forma di stato,

contenimento delle potenzialità più decisamente innovative del principio del *Sozialstaat*⁵²; in quella italiana, attraverso un più robusto innesto della “dimensione garantista” sul tronco della protezione della conflittualità sociale e delle virtualità di trasformazione espresse dalla società.

Delle complesse implicazioni che l’innesto della garanzia dei diritti all’interno di un processo di integrazione, di cui la stessa costituzione fissa le direttrici di orientamento⁵³, può avere, mi limito a segnalarne solo alcune. In primo luogo, la protezione degli spazi di libertà e la garanzia dell’eguaglianza⁵⁴ interferiscono più strettamente che in passato, poiché le costituzioni democratiche contemporanee hanno corretto la configurazione *negativa* dei diritti di libertà, ed i rischi di stabilizzazione dello *status quo* all’interno della società, che essa può determinare, tentando di predisporre risposte a domande *attive* di libertà, che sono domande di liberazione dai fattori condizionanti che ostacolano la realizzazione delle sfere della personalità.⁵⁵ Ciò ha comportato lo spostamento della prospettiva del catalogo dei diritti dal terreno della difesa da ingerenze esterne a quello della diffusione delle *chances* di realizzazione di identità molteplici e delle possibilità di effettivo esercizio di spazi di libertà. Una prospettiva, questa, che le costituzioni del XX secolo hanno sperimentato anzitutto sul terreno della “libertà dal bisogno”, che fu tema dominante nella cultura politica fra le due guerre⁵⁶, prospettiva che si rivela peraltro ricca di suggestioni, in un’epoca nella quale la “domanda attiva di libertà” ha investito la sfera del rispetto della identità e della dignità delle persone a fronte delle nuove forme di emarginazione, di subalternità e di omologazione. Realtà ed aspettative delle società plurali contemporanee indirizzano, secondo il suggerimento di Erhard Denninger, ad una rivisitazione delle categorie fondamentali ereditate dal costituzionalismo sette-ottocentesco, dislocando la garanzia degli spazi di libertà lungo la traiettoria che collega il riconoscimento delle diversità alla sicurezza, e facendo scaturire l’eguaglianza

P. Ridola, *L’esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quad. cost.* 1998, 241 ss.

⁵² Si v. su questo aspetto H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen 1975.

⁵³ J. Habermas, *Prassi politica e teoria critica della società* (1963), Bologna 1973, 165 ss.; ma già, nello stesso senso, R. Smend, *Bürger und Bourgeois* cit., 317 ss.

⁵⁴ V., per la configurazione del principio di eguaglianza fra le *garanzie* delle situazioni soggettive costituzionali, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 573 ss.

⁵⁵ Si v., per un’efficace messa a fuoco di questo profilo, D. Grimm, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?*, in *Die Zukunft der Verfassung* cit., 221 ss.

⁵⁶ Si v. ora F. Sbarberi, *L’utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio*, Torino 1999, spec. 7 ss.

dall'intreccio fra *Vielfalt* e solidarietà.⁵⁷ In secondo luogo, l'espansione del raggio di azione dei diritti fondamentali dal campo dei rapporti fra l'individuo e lo stato a quello dei rapporti fra i privati ha determinato anch'esso una dilatazione della configurazione *esterna* della garanzia dei diritti, giacchè l'operatività di questa nei confronti dei poteri privati esige, come dimostra la discussione sul rapporto fra pluralismo e libertà di mercato, congegni regolativi almeno quanto misure di protezione.⁵⁸

Il passaggio dallo *stato di diritto legislativo* allo *stato costituzionale* ha determinato, in conclusione, l'accentuazione di una considerazione di tipo *sistemico* delle garanzie dei diritti. Queste, sviluppatasi, nell'età del costituzionalismo moderno, sul tronco del processo di positivizzazione di diritti fondati su basi giusnaturalistiche, e successivamente convogliate nella vicenda della fondazione statualistica dei diritti pubblici, con la quale esse avevano finito per smarrire la loro originaria attitudine antagonista, la loro forza di contrapposizione *esterna* al potere statale, sembrano oggi, nelle esperienze dello stato costituzionale contemporaneo, sostanzialmente incardinate nelle tavole di valori delle costituzioni del pluralismo. Con queste tavole di valori il sistema delle garanzie si trova in un rapporto ad un tempo di condizionamento e di interdipendenza, in quanto esso è chiamato a presidiare i complessi equilibri sociali, su cui tali costituzioni si basano. Ciò pone evidentemente l'interrogativo se gli esiti di questo itinerario facciano intravedere una "riscoperta" dell'antica attitudine antagonista delle garanzie, soltanto dilatata su una base sociale di ampiezza sconosciuta al costituzionalismo sette-ottocentesco, o abbiano delineato l'estremo approdo dell' "eclissi" del garantismo, iniziata con la torsione statualistica dei diritti pubblici, e proseguita poi con il processo di inclusione delle garanzie nei congegni costituzionali di regolazione del pluralismo.⁵⁹ In un classico del garantismo liberale, nelle *Réflexions sur les constitutions et les garanties* (1814), Benjamin Constant osservava che le "le libertà di un popolo sono le colonne del trono, e quando le libertà sono abbattute è il trono stesso a inabissarsi".⁶⁰ Certo, i "troni" contro i quali il costituzionalismo liberale apprestava il suo robusto impianto di garanzie, configurate come barriere esterne ad un potere, la cui vocazione all'assolutezza esse erano chiamate ad arginare, sono oramai scomparsi. Essi hanno però ceduto il posto a nuove, e per molti

⁵⁷ E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Meisenheim 1994: Su questa ipotesi ricostruttiva, v. gli interventi di J. Habermas, H. Hofmann e U.K. Preuss, in *Sicherheit Vielfalt Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?*, Baden Baden 1998, 101 ss.

⁵⁸ In proposito, v. G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna 1998; P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin 1998, 879 ss.; nonché, per qualche ulteriore indicazione, P. Ridola, *Diritti di libertà e ruolo del mercato nella "costituzione europea"*, in *Quad. cost.* 2000, ss.

⁵⁹ Sull' "eclissi" e sulla "riscoperta" del garantismo, v. primi spunti in N. Matteucci, *Lo stato moderno*, Bologna 1993, 163 ss.

aspetti non meno temibili forme di oppressione, di condizionamento, di omologazione, che sono scaturite da imponenti processi di differenziazione sociale, e che dilatano l'area delle garanzie dal nucleo originario della difesa da aggressioni esterne alla sfera del promovimento della *effettività* dei diritti.

(*) Professore ordinario nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza" e docente di diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza della LUISS G. Carli.

⁶⁰ B. Constant, *Riflessioni sulle costituzioni e le garanzie*, a cura di T. Amato, Roma 1999, 46.