

L'INDIVIDUAZIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONA (*)

di Gaetano Silvestri

SOMMARIO: 1. Principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali. – 2. Forza generativa dell'art. 2 della Costituzione. – 3. Rapporti tra principi e diritti fondamentali. – 4. Nuovi diritti: realtà o apparenza. – 5. Un esempio: il diritto alla riservatezza. – 6. Bilanciamenti, proporzionalità e ragionevolezza. – 7. Diritti fondamentali e dignità della persona. – 8. Il contenuto sociale dei diritti fondamentali.

1. Principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali.

L'epoca contemporanea ha visto la prevalenza – nelle costituzioni delle democrazie pluraliste e nelle carte internazionali e sovranazionali dei diritti – del principio personalista. Dopo l'esito infausto della concezione tradizionale della sovranità dello Stato, che ha dato base giuridica alle atrocità della prima metà del XX secolo, il ritorno delle libertà conculcate e dell'umanesimo negato ha imposto il rovesciamento del rapporto tra autorità e libertà.

L'idea che i diritti fossero un ambito tutelato degli individui nei confronti dello Stato, la cui autorità era potenzialmente illimitata, salvo i limiti espliciti posti a garanzia di libertà stabilite dallo stesso Stato in via di volontaria autolimitazione, è tramontata per sempre (almeno così si spera!). L'assenza di limiti originari oggi si riscontra, al contrario, nei diritti fondamentali enunciati dalle costituzioni nazionali e dalle carte internazionali e sovranazionali. Si parte dai diritti per arrivare allo Stato e non dallo Stato per arrivare ai diritti. Al fondamento di autorità del diritto si è sostituito il fondamento di valore. Per questo motivo l'inviolabilità dei diritti fondamentali implica, come necessaria conseguenza giuridica, la irriducibilità *in pejus* delle norme costituzionali che li prevedono¹. Essi costituiscono limiti impliciti alla revisione costituzionale. Non a caso, l'art. 2 Cost. proclama che la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», non li crea *ex nihilo* per pura volontà politica. Le potenzialità dei diritti fondamentali vanno ben oltre le interpretazioni storiche delle norme positive che li prevedono e lasciano sempre aperta la via al loro superamento. Qualunque sia il grado di perfezione della tutela dei diritti

(*) Testo della relazione presentata al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "Prof. G.D. Pisapia", intitolato "Diritti della persona e nuove sfide del processo penale", tenutosi a Salerno dal 25 al 27 ottobre 2018.

¹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, II ed., Giappichelli, Torino 2005, pp. 141 ss.

giuridicamente previsti e garantiti, residua sempre una «eccedenza dell'esigenza di giustizia rispetto alle possibilità di realizzazione umane»².

Le conseguenze pratiche di questo rovesciamento sono, in sintesi generale, tre:

a) I diritti non nascono limitati, ma trovano i limiti, generali e particolari, *esplicitamente* fissati da norme di rango costituzionale.

b) Vige il principio di *massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali*. Tutte le disposizioni che stabiliscono diritti fondamentali devono essere interpretate in modo estensivo, mentre tutte quelle che tracciano limiti devono essere interpretate in modo restrittivo.

c) Esistono formule normative – quali, ad esempio, l'art. 2 della Costituzione italiana – ma anche gli artt. 1, § 2, e 2, § 1, della Costituzione tedesca – che si pongono come matrici e garanzie dei diritti fondamentali, senza tuttavia essere fonte degli stessi³.

Il presupposto di tutto il sistema dei diritti fondamentali – e la ragione della loro sottrazione al dominio illimitato della politica e del principio di maggioranza – sta nel fatto che essi sono «leggi del più debole che è tutelato nei confronti del più forte»⁴. Sorgerebbe quindi una contraddizione evidente se la loro sorte fosse lasciata in balia delle maggioranze politiche.

2. Forza generativa dell'art. 2 della Costituzione.

È stato giustamente affermato che l'art. 2 Cost. non contiene una fattispecie aperta, nel senso che da esso si possano trarre, ad opera della giurisprudenza, nuovi e inediti diritti fondamentali, ma introduce un «principio espansivo, dotato di grande forza maieutica, nell'opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati»⁵. Una parte della dottrina è tuttavia di opinione contraria⁶ e la stessa giurisprudenza costituzionale non presenta un indirizzo univoco.

Dopo tanti anni dall'inizio del dibattito scientifico sulla natura dell'art. 2 Cost., mi sembra di poter dire oggi che l'alternativa tra catalogo aperto o chiuso dei diritti fondamentali è un falso problema. La struttura delle norme costituzionali in generale, e di quelle di principio in specie, è talmente ampia da adattarsi incessantemente al mutare dei tempi e da consentire, come naturali sviluppi, nuove interpretazioni e

² Cfr. M. CARTABIA, *Edipo re*, in M. CARTABIA – L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Laterza, Roma-Bari 2018, p. 50.

³ In questo senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984, p. 56.

⁴ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, III ed., Laterza, Roma-Bari 2008, p. 300.

⁵ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (1989), ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, p. 61.

⁶ Il più significativo contributo dottrinale in questo senso rimane ancor oggi quello di A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 65 ss.

nuove applicazioni, in risposta a nuovi pericoli e nuove esigenze sorti in tempi successivi all'entrata in vigore della Carta.

Occorre distinguere tra diritti e dimensioni di tutela degli stessi. Così come non esiste un *numerus clausus* dei pericoli e delle esigenze, allo stesso modo non esiste un *numerus clausus* delle dimensioni di tutela dei diritti fondamentali⁷. Prima dell'avvento dello Stato costituzionale, i diritti nascevano conformati e delimitati, nella portata e nelle forme di tutela, dalla legge. La loro configurazione precisa in una norma legislativa scritta corrispondeva al principio della certezza del diritto, che reggeva l'intero impianto dello Stato liberale. Nelle costituzioni contemporanee, che recepiscono i principi delle democrazie pluraliste, la certezza del diritto rimane caposaldo essenziale nell'ambito di tutti gli interventi dell'autorità limitativi delle libertà delle persone. Nel campo invece degli interventi conservativi o espansivi dei diritti fondamentali sembra preferibile far riferimento ad un principio di certezza delle tutele, conseguenza logica e giuridica del rovesciamento del rapporto tra autorità e libertà, tra Stato e cittadini.

Alla luce di questa osservazione, si può notare che le affermazioni di coloro che negano l'autonoma forza generativa di nuovi diritti da parte dell'art. 2 Cost. finiscono con il coincidere, nella pratica, con quelle di chi sostiene la suddetta possibilità

Con riferimento alla Costituzione tedesca, è stato detto che i "diritti innominati" possono essere considerati «come reazioni della giurisprudenza costituzionale a nuove minacce della libertà valutate come particolarmente gravi. L'art. 2, comma 1 LF è, in tal senso, una fonte tipica di diritti atipici di libertà»⁸.

Con riferimento alla Costituzione italiana, è stato detto pure che l'art. 2 «deve essere inteso come una sorta di principio-valvola, che garantisce la dinamicità del patrimonio costituzionale dei diritti, ma sempre entro le coordinate fissate dal testo»⁹.

Dinamicità significa nuove forme di tutela adeguate a situazioni nuove, dalle quali o sorgono nuovi pericoli ai diritti costituzionalmente sanciti, o si appalesano potenzialità espansive insite nel principio che sta alla base di un diritto fondamentale positivamente enunciato dalla Carta. D'altra parte, fonte tipica che produce diritti atipici significa, in pratica, la stessa cosa, giacché è possibile definire, per consentire una maggiore chiarezza discorsiva, come nuovo diritto quello che, per così dire, rampolla da uno "vecchio". Se la fonte "matrice" è tipica – in quanto esplicitamente prevista dalla Costituzione – non può che generare nuove forme di tutela nel quadro dei principi della Costituzione stessa; essa non può, pena una contraddizione logica e giuridica, produrre effetti extrasistemici.

In definitiva, sarebbe frutto di buon senso evitare di annunciare la nascita di "nuovi" diritti tutte le volte che si presentino nuove forme di tutela, consistenti, a ben

⁷ Cfr. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it. La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993, p. 187.

⁸ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), tr. it. il Mulino, Bologna 2012, p. 395.

⁹ M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli 2009, III, p. 1067.

vedere, in aggiornamenti e ridefinizioni, di diritti esplicitamente menzionati in Costituzione, sempre nell'ambito dei suoi principi¹⁰.

3. Rapporti tra diritti e principi fondamentali.

Può essere utile qualche breve precisazione sui rapporti tra principi e diritti fondamentali contenuti nella Costituzione.

Allo scopo di individuare un criterio generale per arginare la proliferazione incontrollata di nuovi diritti¹¹, soprattutto da parte dei giudici, è stato precisato – dalla stessa dottrina che aveva qualificato l'art. 2 "fattispecie aperta" – che «non ogni valore costituzionalmente tutelato (la pace, la sicurezza ecc.) si traduce in un diritto costituzionale per i cittadini»¹².

Come si distingue un principio da un diritto?

Talvolta i due termini vengono accoppiati dalla giurisprudenza costituzionale per indicare il nucleo intangibile della Costituzione, non suscettibile di modifiche né da parte di fonti esterne, come il diritto dell'Unione europea¹³, e neppure con lo stesso procedimento di revisione disciplinato dall'art. 138 della Carta. Nel primo caso si parla di "controlimiti" all'efficacia delle norme europee nell'ordinamento interno, nell'altro di limiti impliciti alla revisione costituzionale. In entrambi i casi si coglie la funzione basilare degli uni e degli altri rispetto alla sopravvivenza di "questa" Costituzione, che finirebbe di esistere se si frantumassero le sue fondamenta¹⁴.

Per tentare una soluzione del problema, poniamoci una domanda preliminare: potrebbe esistere un diritto fondamentale non riconducibile ad alcun principio costituzionale o, viceversa, un principio costituzionale che non trovasse punti di riferimento soggettivi in uno o più diritti fondamentali?

Alla prima parte della domanda mi sembra di dover dare, senza esitazione, una risposta negativa. Se un asserito diritto fondamentale non fosse ascrivibile ad un principio costituzionale, occorrerebbe togliere l'aggettivo "fondamentale" e parlare di un diritto soggettivo *tout court*, introdotto dal legislatore e da questo sempre eliminabile, anche nell'ipotesi che sia di "creazione" giurisprudenziale.

La risposta alla seconda parte della domanda è più complessa.

¹⁰ Cfr. S. CAVALIERE, *Questioni attuali in tema di "nuovi diritti"*, in www.dirittifondamentali.it, 2015, pp. 12 s.

¹¹ È stato detto, in proposito che «diritti illimitati nel contenuto e nel numero [sono] esposti a una degenerazione utopistica»: M. CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, I, p. 641.

¹² A. BARBERA, *"Nuovi diritti": attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Giappichelli, Torino 2004, p. 28.

¹³ Basti citare, in merito, le famose sentenze n. 170 del 1984 e 1146 del 1988. La seconda pronuncia citata menziona i "principi supremi", ma fa specifico riferimento ai principi e diritti fondamentali evocati della prima.

¹⁴ Sorvolo sulla banale osservazione – purtroppo ricorrente – che è sempre possibile distruggere il nucleo essenziale della Costituzione con la violenza o con un accordo criminale tra poteri politici e di garanzia. Si tratta della solita confusione tra fatto e diritto, che si trascina dai tempi di Papiniano.

In linea del tutto teorica è possibile che un principio costituzionale non trovi una concretizzazione in termini di diritti fondamentali, intesi come situazioni giuridiche soggettive azionabili. In linea pratica ciò sembra molto difficile. In ogni caso, non si può escludere in partenza che un principio costituzionale possa produrre, qualora si verificano le condizioni, un diritto in senso proprio. Ciò può accadere tutte le volte in cui un soggetto rifiuti un intervento dell'autorità o avanzi una pretesa, motivando la sua iniziativa con l'argomento che quell'intervento o quella pretesa trovano la loro origine in un indirizzo politico-amministrativo fondato sulla negazione o violazione di un principio costituzionale positivamente enunciato dalla Carta.

Proviamo a fare qualche esempio.

Il "diritto alla pace" è riconosciuto "diritto dei popoli" dalla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 12 novembre 1982. Pur non avendo un'efficacia giuridica cogente per gli stati, questo importante documento può essere messo in relazione all'art. 11 della Costituzione italiana, che proclama il ripudio della guerra «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». Queste solenni affermazioni, che si ricollegano peraltro all'art. 28 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, hanno una forte carica etica e politica, ma non sono prive di rilevanza sul piano giuridico. Potrebbe un individuo rifiutarsi di cooperare, direttamente o indirettamente, ad attività strumentali alla violazione del principio di ripudio della guerra, nei termini dianzi precisati? Mi sembrerebbe di sì, giacché non sarebbe, a mio avviso, ammissibile che un soggetto possa essere costretto a fare od omettere alcunché in violazione di un principio costituzionale, anche se quest'ultimo non sia formulato in termini di diritto/dovere. Esiste quindi il diritto fondamentale a non essere costretto a violare un principio costituzionale e ad azionare lo stesso nelle forme consentite dall'ordinamento (ricorso al giudice e possibile questione di legittimità costituzionale, se la coazione provenisse da una legge).

Molti altri esempi potrebbero essere adottati in favore della tesi, qui sostenuta: in pratica è molto difficile (anche se teoricamente non impossibile) individuare un principio costituzionale non suscettibile di essere declinato in un diritto fondamentale.

Mi sembra prudente astenersi da asserzioni assolute e prendere invece in seria considerazione il fatto che si verificano continuamente interazioni concrete tra principi costituzionali e diritti fondamentali, nell'ambito di una dialettica, i cui esiti non sono prevedibili e precisabili una volta per tutte.

4. Nuovi diritti: realtà o apparenza?

Sono numerosi ed eterogenei i "diritti senza legge", che oggi non si possono ignorare, in ossequio ad un malinteso positivismo, che sfocia spesso in mero testualismo.

Spesso accade che la giurisprudenza "individui" un diritto fondamentale, rifacendosi direttamente alla Costituzione, e che *successivamente* intervenga il

legislatore per razionalizzare, con una disciplina dettagliata, il diritto già enucleato dai giudici.

Fino a qualche anno addietro la dottrina annoverava giustamente tra i diritti senza legge – emergenti solo da pronunce del giudice costituzionale e di alcuni giudici comuni fondate direttamente sulla Costituzione – quello a vivere liberamente una condizione di coppia e quello al rifiuto delle cure¹⁵. Sono di recente intervenute le leggi n. 76 del 2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e n. 219 del 2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), che hanno dato parzialmente attuazione legislativa ai principi costituzionali cui si erano riferite le pronunce giurisdizionali, che, in certo senso, avevano “introdotto” i due diritti fondamentali.

È difficile sostenere, senza voltare le spalle alla realtà, che quei diritti non esistessero prima dell’emanazione delle due leggi sopra citate. Sembra più corretto dire che i principi di libertà ed eguaglianza nei rapporti di coppia e nella cura della propria salute si sono tradotti, prima per opera della giurisprudenza, poi per intervento del legislatore, in diritti fondamentali, che si pongono in funzione attuativa di quei principi. Attuazione parziale, s’intende, giacché – lo abbiamo accennato prima – i principi sono, per loro natura, inesauribili e postulano sempre ulteriori interventi, legislativi e giurisprudenziali, come ci hanno insegnato Betti e Crisafulli.

In sintesi, possiamo concludere che la “novità” di gran parte dei “nuovi” diritti fondamentali è solo *apparente*. Difatti gli stessi possono essere:

a) componenti implicite di un diritto tutelato in modo esplicito dalla Costituzione;

b) composizione in sistema di due o più diritti esplicitamente tutelati dalla Costituzione, con esito “generativo” di un diritto “nuovo”;

c) ampliamento della portata di protezione per effetto di interpretazione ed applicazione integrata della Costituzione nazionale, della CEDU, della Carta di Nizza, nonché delle norme internazionali rilevanti.

Sul punto c), che sarà oggetto di apposita relazione in questo Convegno, mi limito a dire che tra norme nazionali, sovranazionali e internazionali di tutela dei diritti fondamentali si svolge – lo vogliano o no alcuni teorici del diritto – un continuo processo di integrazione e fertilizzazione, che avviene in vari modi: in via interpretativa o in via di efficacia diretta, con conseguente bilanciamento.

Per non restare ancorati a vecchi schemi – validi per lo Stato nazionale monoclasse della tradizione liberale ottocentesca – occorre discostarsi dal criterio di gerarchia nell’ordine delle fonti del diritto, non per recepire, puramente e semplicemente, un criterio di separazione delle competenze, che proporrebbe, in ambito internazionale e sovranazionale, nuovi conflitti, ma per approdare ad una integrazione delle tutele orientata dal principio di massima espansione, dei diritti fondamentali. Ciò non significa obliterare – come qualcuno vorrebbe – il punto fermo dell’attribuzione di competenze, normative e giurisdizionali, a ciascun organo

¹⁵ Cfr. in proposito A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in www.giurcost.org, 2015, fasc. I, pp. 23 ss.

decidente, ma aprire la strada ad interazioni virtuose nel segno dell'incremento di tutela dei diritti fondamentali. Nel rispetto rigoroso della propria sfera di competenza – evitando la tentazione di “arrivare per primo” a dare tutela ad un interesse ritenuto meritevole – è possibile utilizzare norme poste su diversi livelli, allo scopo di costruire nuove norme, per il legislatore, o nuove combinazioni di norme esistenti, per gli organi giurisdizionali. Ciò risulta possibile per l'innegabile “porosità” dei modelli di tutela¹⁶, a patto che si abbia una “stella polare”, che possa orientare sia il legislatore che l'interprete nella selva di norme di rango costituzionale situate in ordinamenti diversi. Questo punto di riferimento generale, mi sembra essere il già citato principio di massima espansione dei diritti fondamentali.

5. Un esempio: il diritto alla riservatezza.

Un esempio delle grandi possibilità di arricchimento, concettuale e pratico, della considerazione congiunta è dato dalla tutela della persona nella sua sfera intima e privata. Concorrono a questo fine – nel caso italiano – le disposizioni della Costituzione sulle tradizionali libertà “negative”, (libertà personale, di domicilio e di corrispondenza: artt. 13, 14, 15), il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 CEDU e art. 7 Carta di Nizza) e ogni norma internazionale rivolta al medesimo scopo.

Sia il legislatore che il giudice devono, volta per volta, costruire la tutela più adeguata, tenendo conto della propria sfera di competenza, dell'intensità di tutela e dei criteri di rilevanza e applicabilità di ciascuna norma in ordinamenti diversi da quello di appartenenza. Occorre notare che, anche nell'ipotesi di non diretta efficacia di una norma esterna nell'ordinamento italiano, nulla impedisce che operi quella “fertilizzazione” reciproca, da ritenersi l'effetto giuridico più rilevante del fatto storico che ormai gli Stati europei, la UE, la CEDU e le NU si ispirano alla stessa costellazione di valori, variamente declinati in principi e diritti fondamentali nei singoli ordinamenti. Né possono ritenersi irrilevanti le fondamentali elaborazioni sulla *privacy* della Corte suprema USA, antesignana nell'utilizzazione della “forza generativa” del principi e dei diritti fondamentali¹⁷.

Sulla forza generativa dei principi nel sistema costituzionale italiano, mi limito ad un solo esempio, tra i molti possibili.

In tema di illiceità, o comunque inutilizzabilità nel processo penale, della prova raccolta in violazione di un diritto fondamentale – su cui non mi soffermo in modo dettagliato – si deve notare che la giurisprudenza non può limitarsi a far riferimento

¹⁶ Cfr. V. BALDINI, “Che cosa è un diritto fondamentale”. *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in www.dirittifondamentali.it, 2016, fasc. 1, pp. 49 ss.

¹⁷ Basti pensare che la Corte americana ha tratto dal diritto alla *privacy* altri diritti (all'uso dei contraccettivi, *Griswold vs. Connecticut* 1965, o all'aborto, *Roe vs. Wade*, 1973) apparentemente del tutto diversi, in realtà ricompresi nelle potenzialità normative del IV e del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

alle norme costituzionali rilevanti nel loro stretto tenore testuale. Difatti l'interpretazione estensiva delle norme costituzionali protettive delle libertà personale, domiciliare e di segretezza della corrispondenza, non è giunta sinora a fornire idonea garanzia alla riservatezza "in sé e per sé", comprensiva anche di comportamenti non comunicativi di una persona. L'acquisizione di dati relativi allo svolgimento della vita privata di un soggetto, quali, ad esempio, le carte di credito, i pedaggi autostradali, gli itinerari percorsi a piedi o su mezzi di locomozione non possono ancora rimanere scoperti rispetto alle intrusioni dell'autorità di polizia, senza le garanzie previste dagli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Anche in questi casi occorrerebbe mantenere un "livello minimo" di tutela, come quello già prescritto dalla Corte costituzionale a proposito dell'art. 15 Cost., da cui deriva «un parametro di validità che spetta al giudice [...] applicare direttamente al caso di specie»¹⁸. Tale livello minimo sarebbe più facilmente individuabile, al di fuori delle attività comunicative, se, assieme alle norme costituzionali prima citate, si tenesse presente l'ampia portata dell'art. 8 CEDU (e dell'art. 7 Carta UE), che, imponendo il rispetto della vita privata e familiare, abbraccia nella sua previsione protettiva tutto ciò che la persona compie in questa sfera in qualunque luogo si trovi, sia quando comunichi con altri soggetti, sia nei momenti in cui vive e opera da sola.

L'allargamento di orizzonti imposto dalle Carte sovranazionali stenta ad affermarsi in Italia, dove le situazioni giuridiche enumerate nelle disposizioni costituzionali non sono ancora confluite, nella pratica giurisprudenziale, in un più generale "diritto alla riservatezza", suscettibile di estendersi oltre i confini sinora raggiunti. Eppure tale ampliamento dovrebbe essere oggi reso agevole, dopo le "sentenze gemelle" (348 e 349 del 2007) della Corte costituzionale, che hanno precisato l'incidenza nel diritto interno della CEDU¹⁹. Giova ricordare che dal sistema costruito dalle sentenze gemelle – e dalla conforme giurisprudenza costituzionale successiva, che ha precisato e chiarito aspetti particolari – si deduce la possibilità per il giudice comune di applicare direttamente le norme della Convenzione, dovendo rivolgersi alla Corte costituzionale solo nell'ipotesi di irrimediabile contrasto con una norma legislativa interna. Possiamo quindi affermare che il diritto alla riservatezza è già entrato tra i diritti fondamentali dell'ordinamento italiano, in quanto contenuto in una norma interposta vigente, sino ad eventuale riscontro giurisdizionale di collisione con la Costituzione. Nel caso della *privacy*, tale contrasto non è ipotizzabile, giacché l'art. 8 CEDU si collega alle norme costituzionali sui diritti fondamentali rilevanti (13, 14, 15) e ne costituisce una sintesi in funzione di sviluppo, teso alla massimizzazione delle tutele, secondo l'orientamento della giurisprudenza costituzionale²⁰.

L'evoluzione incessante dei mezzi tecnologici di controllo della vita privata, in tutte le sue manifestazioni, rende necessaria quella che è stata definita, una tutela

¹⁸ Sentenza n. 81 del 1993.

¹⁹ Cfr. in questo senso S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 760C; A. CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cassazione penale*, 2017, pp. 1263B ss.

²⁰ Sentenza n. 317 del 2009.

“progressiva” dei diritti fondamentali. Nel settore che stiamo osservando, il cammino di perfezionamento della tutela della persona passa inevitabilmente per un pieno e generale²¹ riconoscimento della *privacy* come diritto inviolabile, con tutte le conseguenze pratiche e processuali che ne derivano²².

6. Bilanciamenti, proporzionalità e ragionevolezza.

Nel documento di presentazione di questo Convegno si propone un esempio paradigmatico della individuazione delle componenti interne di un diritto fondamentale. L’art. 275 c.p.p. «nei suoi tre commi iniziali, tolti i *-bis*, enuncia rispettivamente il criterio di idoneità al comma 1, di proporzione in senso stretto al comma 2 e di necessità al comma 3, prima parte.» Sarebbe in tal modo assicurato «equilibrio nella dialettica fra libertà e autorità».

L’osservazione è senz’altro da condividere, con due brevi precisazioni, che prendono le mosse dal dibattito attuale sui criteri di bilanciamento tra diritti individuali e principi che possono determinare una limitazione dei primi.

Prima precisazione. Il bilanciamento è *sempre tra diritti fondamentali*. Anche quando vengono chiamati in causa interessi fondamentali della collettività (sicurezza, salute, etc.) è necessario, sia per il legislatore che per gli interpreti, scomporre idealmente l’interesse generale invocato, per vedere se la lesione ipotizzata, che giustifica la limitazione, colpisca uno o più diritti fondamentali compresi nell’area del principio invocato in opposizione. In altre parole, se si parla di sicurezza, si deve precisare quali diritti fondamentali dei cittadini vengono lesi o messi in pericolo. Non è sufficiente, per operare il bilanciamento, la semplice “percezione” dell’insicurezza. Per la salute, deve essere precisato quali patologie possono insorgere e in che modo sarebbero provocate dall’esercizio di un diritto nei singoli e nei gruppi. Anche su questo versante non è sufficiente una generica preoccupazione ecologista.

Si tratta di operazioni difficili, per le quali il legislatore è più attrezzato del giudice, salvo che l’inerzia del primo costringa il secondo a statuire comunque, allo scopo di non lasciare insoddisfatta una domanda di giustizia.

Seconda precisazione. Da qualche tempo trova sempre maggiore ascolto la tendenza teorica a far riferimento al criterio di proporzionalità, da preferire a quello di ragionevolezza, sulla scia della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco e delle Corti europee. Non condivido l’entusiasmo per questa sostituzione. Se

²¹ Non mancano tuttavia importanti riconoscimenti del diritto alla riservatezza per ipotesi particolari, come, ad esempio, le videoriprese in luoghi che, pur non potendosi qualificare come “domicilio” in senso stretto, sono destinati a «tutelare l’intimità e la riservatezza delle persone»: Cass., Sez. un. pen., 28 marzo 2006 n. 26795. È interessante notare che il fondamento di tale diritto alla riservatezza sia stato individuato dalla Cassazione nell’art. 2 Cost., nell’art. 8 CEDU e nell’art. 17 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, superando, in tal modo, il limite dell’art. 14 Cost. considerato isolatamente ed esaustivamente.

²² Cfr. in questo senso R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 1133 ss.

la proporzione fosse rigorosamente numerica, si tratterebbe di un criterio più preciso di quello, indeterminato, della ragionevolezza, i cui risultati sono sempre opinabili. Ma non è così. Stabilire se due entità sono tra loro in rapporto di proporzionalità involve una serie di valutazioni e giudizi di valore, che difficilmente consentono di ricavare un risultato certo. Quando un bilanciamento rispetta il criterio di proporzionalità? Risposta: quando il legislatore o l'interprete ritengono che il punto di equilibrio formulato sia giusto, non in via logico-razionale, ma in quanto "ragionevolmente" accettabile, alla luce di opzioni culturali, politiche, sociali etc. La ragione empirica, con tutta la sua carica di "vaghezza", scacciata dalla porta, rientra dalla finestra. Ciò a parte ogni considerazione – che qui non approfondisco – sulla cosiddetta irragionevolezza "intrinseca" (es. norma autocontraddittoria), che resta fuori del perimetro della proporzionalità. Non si tratta di una mera dissertazione teorica, ma di una sottolineatura della necessità di non illudersi di "imbrigliare" l'elasticità delle valutazioni con formule solo apparentemente quantitative.

Per restare all'esempio dell'art. 275 c.p.p., è interessante notare che la Corte di cassazione ha precisato: «La revoca della custodia cautelare in carcere non può essere disposta sulla base del solo e assorbente criterio aritmetico della corrispondenza della durata dell'applicazione della misura ai due terzi della condanna inflitta all'imputato con sentenza impugnata, in quanto, in applicazione del principio di proporzionalità, sia il giudice che procede, sia il tribunale della libertà, devono, in una valutazione complessiva della vicenda cautelare, esaminare le ragioni e le circostanze dedotte a sostegno della contraria indicazione di persistenza del *periculum libertatis*»²³. Quanto dire, la rigida proporzione aritmetica deve essere integrata da un fascio di considerazioni che, volendo, possiamo continuare a chiamare proporzionalità, ma che ricorda molto da vicino la "ragionevolezza della proporzione", di cui parlavo prima.

La ragionevolezza emerge anche in tema di determinazione della pena in relazione al reato. La Corte costituzionale continua nella sua opera di progressiva eliminazione di tutti gli automatismi sanzionatori, nell'intento di «garantire strumenti di ragionevole corrispondenza tra fatto e punizione».²⁴ In definitiva, a mio modesto avviso, proporzionalità e ragionevolezza sono termini pressoché sinonimi. L'uso del primo serve tuttavia, sul piano retorico, ad accreditare una pretesa natura "oggettiva" del bilanciamento.

7. Diritti fondamentali e dignità della persona.

È appena il caso di aggiungere che ogni bilanciamento si iscrive nell'ambito generale della tutela della dignità umana, richiamata, esplicitamente o implicitamente,

²³ Cass. penale, Sez I, 19 settembre 2007, n. 36417, Alvarado Gallegos. In senso analogo cfr. Cass. Sez. un. pen., 31 marzo 2011, n. 16085, Khalil.

²⁴ G. LEO, [Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità](#), in questa *Rivista*, 22 dicembre 2017, p. 7

da tutte le costituzioni contemporanee e da tutte le carte dei diritti sovranazionali e internazionali.

La dignità umana, in quanto premessa dei diritti fondamentali²⁵, non è un diritto fondamentale a sé stante²⁶, ma sintesi di tutti i principi e diritti fondamentali costituzionalmente tutelati²⁷. Essa non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni, e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo e non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. I diritti dei detenuti, ad esempio, non sono soltanto la concretizzazione e lo sviluppo del principio formulato nell'art. 27, terzo comma, Cost., ma sono, proprio in quanto collegati alla conservazione della dignità della persona, diritti inviolabili, non concessioni umanitarie.

Sono state avanzate riserve sull'utilizzo pratico del concetto di dignità, in quanto potrebbe dare giustificazione ad interventi conformativi sul modo di vita dei cittadini, secondo l'ideologia dello Stato etico. Mi sembra quindi utile la precisazione che la dignità della persona «non può diventare uno strumento per imporre modelli valoriali di comportamento»²⁸. Essa è invece criterio di misura della compatibilità dei bilanciamenti, continuamente operati dal legislatore e dai giudici, con il quadro costituzionale complessivo. Sarebbe necessario, in occasione di ogni operazione di bilanciamento, chiedersi se il risultato incide negativamente sulla dignità della persona, oppure se rimane intatta la sua consistenza. È ovvio che valutazioni del genere sono effettuate sul filo della ricostruzione storico-giuridica della costellazione dei valori garantiti dalla Costituzione o da altra Carta dei diritti e non sulla base di impossibili modelli quantitativi, che introdurrebbero rigidità controproducenti ai fini di una adeguata tutela dei diritti. Restano sempre margini di ambiguità e di discrezionalità, che nessun positivismo potrà mai eliminare. Il limite pratico, nei singoli casi, è la saggezza, la *wisdom*, che il costituzionalismo americano del XIX secolo vedeva come componente essenziale del funzionamento della democrazia e della separazione dei poteri.

Nel quadro europeo, l'inserimento della dignità tra i valori tutelati dai Trattati, dopo l'inserimento della Carta di Nizza, significa che l'UE «delinea un modello di sviluppo capitalistico che pone al suo centro la persona, e in ciò fa consistere la sua ragion d'essere»²⁹. Questa considerazione dovrebbe essere sempre presente quando si discute sulla politica dell'UE sui diritti sociali.

²⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., p. 177.

²⁶ Cfr. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012, p. 144.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013

²⁸ F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Jovene, Napoli 2005, p. 609.

²⁹ G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di F. Modugno*, cit. p. 57.

8. Il contenuto sociale dei diritti fondamentali.

Un'ultima considerazione.

Nel costituzionalismo contemporaneo tende sempre più a sbiadirsi la differenza tra libertà negative e positive. La libertà «investe non il cittadino in quanto tale, cioè l'uomo pubblico, ma l'uomo intero, in quanto essere sociale»³⁰. Anche diritti fondamentali della più pura tradizione liberale, quale il diritto di difesa, non sono ormai solo libertà negative, nel senso che assicurano al cittadino un'adeguata difesa – per rimanere nell'esempio – nei confronti della pretesa punitiva dello Stato, ma implicano la disponibilità dei mezzi necessari per l'effettivo esercizio del diritto stesso. In questa prospettiva, coerentemente il terzo comma dell'art. 24 Cost. dispone: «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti a ogni giurisdizione».

L'attuazione di questa norma è affidata alla legge sul patrocinio a spese dello Stato, ed è ora oggetto anche di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (2016/1919) del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito dei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo. La formazione di uno *jus commune* europeo dei diritti fondamentali procede quindi sui due versanti, civile e sociale, che valgono a dare consistenza al diritto di difesa, non più catalogabile tra le libertà positive o tra quelle negative. Si tratta di un altro profilo in cui si può verificare il capovolgimento del rapporto tra autorità e libertà nello Stato costituzionale contemporaneo.

³⁰ N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Politica del diritto*, VI, 1975, 4, p. 453.