

Pubblicazioni
Centro Studi per la Pace
www.studiperlapace.it

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLA COSTITUZIONE IRLANDESE

Relatore:

PROF. ANGELO ANTONIO CERVATI

Correlatore:

PROF. GIUSEPPE MORBIDELLI

Candidato:

ANDREA TERRINONI

ANNO ACCADEMICO 1999/2000

ANDREA TERRINONI

I diritti fondamentali nella Costituzione Irlandese

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

STORIA COSTITUZIONALE

Primi tre secoli del Parlamento irlandese - Poynings's law - Il Parlamento nei secoli XVI e XVII
- Il Parlamento nel XVIII secolo - Il XIX secolo e l' "Home Rule" - Il XX secolo e
l'Indipendenza irlandese

CAPITOLO SECONDO

DIRITTI FONDAMENTALI NELLE DUE COSTITUZIONI IRLANDESI

Nascita della Stato e della Costituzione

I diritti fondamentali

Le "Libertà fondamentali" in Gran Bretagna

Emergenza del nuovo approccio ai diritti fondamentali: profili storici

La “Due Process Clause” nelle due costituzioni

CAPITOLO TERZO

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLA COSTITUZIONE DEL 1937

Dalla Sovranità del Parlamento ai diritti fondamentali

Fondamento culturale dei diritti “personali”

I Diritti degli inglesi - I Diritti civili americani - I Diritti dell’uomo e del cittadino in Francia -

Diritti sociali economici e culturali - Disposizioni costituzionali.

Fondamento culturale degli altri diritti

Il Diritto Naturale in S. Tommaso D’Aquino - Il Diritto Naturale nel pensiero di John Finnis -

Visione teocratica e visione secolare della Costituzione irlandese - Il rapporto del “review group
e il diritto naturale - Disposizioni costituzionali.

Gli “*unenumerated rights*” Diritto all’integrità personale, di circolazione, di sposarsi - Diritto
alla privacy - Diritto a guadagnarsi da vivere in maniera adeguata - Diritto di comunicare - Diritto
a stare in giudizio

ANDREA TERRINONI

I diritti fondamentali nella Costituzione Irlandese

CAPITOLO QUARTO

INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

Interpretazione e diritto

Dal positivismo all' ermeneutica giuridica

L'interpretazione costituzionale in Irlanda

Interpretazione letterale

Interpretazione storica

Interpretazione del Diritto Naturale - Diritto naturale e Costituzione: il rischio di paradossi logici

- Paradossi - Soluzione di Locke - Il Diritto Naturale come implicito nella Costituzione - Il

Diritto Naturale come antecedente e superiore alla Costituzione - La sentenza del 1995 e il futuro

del Diritto Naturale in Irlanda

L'interpretazione armoniosa - L'interpretazione armoniosa e i diritti fondamentali - Gerarchia tra

i diritti costituzionali

CAPITOLO QUINTO

GLI “UNENUMERATED RIGHTS” NELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA ED

IL IX EMENDAMENTO

Nascita e significato del IX Emendamento

Il IX Emendamento e la giurisprudenza della Corte Suprema

Il “Substantive due process” - La “privacy “ ed il IX Emendamento

Corrispondenze con la giurisprudenza Irlandese

CAPITOLO SESTO

L’ABORTO, IL DIRITTO ALLA VITA DEL NASCITURO E IL RUOLO DELLA

CORTE SUPREMA

La regolamentazione dell’aborto prima del 1983

L’Emendamento costituzionale del 1983 ed il “caso X”

I referendum del 1992 e la decisione della Corte Suprema del 1995

La sentenza della Corte Suprema 12/5/1995

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Introduzione

Durante il XIX secolo gli Inglesi sono sempre stati pronti ad incoraggiare e supportare le richieste di autogoverno di Greci, Serbi, Italiani, Polacchi, Magiari e considerarono abbastanza ragionevole che le colonie britanniche in Australia, Sud Africa e Canada dovessero governare i propri affari. Invece l'ostilità verso l'Irlanda persistette; e questa ostilità era tipicamente inglese... In un certo senso questo comportamento era dettato da motivi egoistici: l'Irlanda era preziosa sia come mercato sia come fonte di approvvigionamento di generi alimentari e la sua posizione la rendeva di vitale importanza strategica per l'Inghilterra. Le varie proposte legislative di autogoverno (Home Rule) contenevano garanzie su tali questioni, che avrebbero soddisfatto preoccupazioni politiche legittime; ma la pubblica opinione inglese si opponeva per principio all'idea stessa di ogni tipo di autogoverno per l'Irlanda, indipendentemente da condizioni, da quali costi si sopportassero e da quanto fosse imbarazzante mantenere contro voglia un partner nell'Unione¹.

Questo è ciò che ha scritto un autorevole storico irlandese nel mettere in evidenza una delle tante contraddizioni della politica coloniale inglese.

¹ James Camlin Beckett, *A short history of Ireland*, London, 1952, pag.168. Questo brano e i successivi, citati nella tesi e riportati in corsivo, sono stati da me tradotti dall'originale inglese.

Gli errori verso l'Irlanda, in particolare, sono stati gravi e fonti di conseguenze negative, in termini di ingiustizie commesse e sangue versato, che in parte durano fino ai nostri giorni.

I diritti fondamentali, nella loro progressiva realizzazione storica, rappresentano uno dei campi in cui maggiormente si sono verificati tali ingiustizie e violazioni.

Come è stato detto, la storia dei diritti fondamentali in Irlanda è un "microcosmo" della storia della lotta per l'indipendenza; l'obiettivo dell'autonomia dall'Inghilterra era parallelo all'altro e, nello stesso tempo, perseguito in vista dell'altro: quello di una reale affermazione dei diritti fondamentali .

Con l'indipendenza si è affermata anche una precisa concezione dei diritti fondamentali che finalmente hanno trovato riparo, sicurezza e garanzia nel testo costituzionale; i problemi però non finiscono con l'avvento di un nuovo assetto politico più rispettoso della vita dei cittadini. La libertà riconquistata va realizzata nel concreto e i diritti dei singoli affrontano sempre nuovi ostacoli nella vita di un popolo: condizioni

materiali avverse, modificazione dei rapporti tra persone, culture dominanti poco rispettose delle minoranze, cambiamento dei giudizi morali comuni.

Come vedremo in questa tesi, i diritti fondamentali non hanno trovato un punto di arrivo nella Costituzione del 1937 ma piuttosto un punto di partenza per il loro sviluppo e realizzazione nella vita collettiva. E la Costituzione ha fornito loro le linee guida per questo.

Essa, infatti, deriva la sua ispirazione filosofica da due differenti sorgenti: la Liberal-democrazia e la Cristiano-democrazia².

Per il liberalismo, stante la distinzione tra la sfera pubblica e quella privata, non esistono concezioni sostanziali di giustizia da seguire a scapito di altre; i diritti dei singoli devono valorizzare solo l'autonomia della coscienza umana. L'insegnamento Cattolico-sociale invece, afferma che è possibile discernere attraverso la ragione e la rivelazione, l'esistenza di un

² Gerard F.Whyte, *Some reflection on the role of religion in the Constitutional order*, in Tim Murphy (ed.), "Ireland's evolving Constitution", Hart Publishing, Oxford 1998, pag.60

oggettivo ordine morale ispirandosi al quale si raggiunge una mutua interdipendenza tra progresso individuale e progresso sociale³.

Si ritrovano, in questo modo, nelle disposizioni irlandesi sui diritti fondamentali quelle che il professor Zagrebelsky individua come gli esempi delle due concezioni generali che danno senso ai diritti: l'umanesimo laico e l'umanesimo cristiano⁴. Ognuna delle due tradizioni, secondo l'autore, mette i diritti in rapporto rispettivamente con due valori fondamentali, collegati ma difficili da conciliare: la libertà e la giustizia.

Per l'umanesimo laico, la dignità dell'uomo è nella libertà e i diritti nascono a tutela della stessa; per l'umanesimo cristiano, invece, degna natura dell'uomo è la giustizia e i diritti devono tendere ad essa.

L'umanesimo laico si basa sulla tradizione "moderna" dei diritti che inizia con l'esaltazione dell'uomo nel Rinascimento e attraverso Cartesio e l'Illuminismo, si conferma nella cultura liberale. Quello cristiano si basa,

³ Whyte, op. cit., pag.61.

⁴ Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag.98.

invece, sulla tradizione “antica” che la scolastica medievale ha fissato in sistema.

Il primo valorizza la volontà dell’uomo, la sua capacità di affermare nel mondo esterno le proprie potenzialità e la pretesa di poter creare nel mondo un ordine diverso da quello dato, <<secondo la visione individuale del proprio essere nel mondo>>⁵.

Secondo l’umanesimo cristiano invece, <<il diritto non è la pretesa al rispetto dell’autodeterminazione individuale che si dà liberamente i propri contenuti, ma la pretesa di poter agire nel senso dovuto alla stregua di una ragione, o di un ordine, o di una legge universale>>⁶.

Con esso, si esalta l’idea morale della giustizia che assegna ad ognuno i singoli diritti e in vista della quale si lotta per la *perfectio* della società umana.

⁵ Ibidem, pag.105.

⁶ Ibidem, pag.106.

Ciò che contraddistingue le costituzioni contemporanee, secondo Zagrebelsky, è appunto il rinnovato interesse che si mostra per le esigenze di giustizia, dopo la valorizzazione nel secolo scorso unicamente dei diritti intesi in funzione della libertà e della volontà dell'uomo. I principi di giustizia inseriti nelle Costituzioni contemporanee, denunciano i pericoli di autodistruzione che si corrono nell'affidarsi ciecamente ad una visione individualistica.

Si tratta, infatti, di principi che introducono un limite interno ai singoli diritti, sulla constatazione dell'impossibilità di raggiungere un ordine spontaneo nella società, se questa è guidata unicamente dalle volontà individuali.

Questo incontro tra le due concezioni è stato reso necessario, infatti, per opporsi alla forza disgregatrice derivante dai diritti in funzione della libertà; si combatte <<la sopraffazione (dei diritti) dei più forti sui (diritti) dei più deboli secondo quello che afferma il <<paradosso della libertà>>,

cioè la tendenza della massima libertà a rovesciarsi sulla massima oppressione>>⁷.

L'incontro tra le esigenze di libertà e quelle di giustizia, espresse rispettivamente dalle due concezioni dell'umanesimo laico e dell'umanesimo cristiano, pone quindi un limite necessario ai singoli diritti e li sostanzia perché i cittadini operino in una società pluralistica e affrontino i nuovi problemi del mondo contemporaneo.

Ebbene, si noti che in Irlanda esso è avvenuto, con la Costituzione del 1937, addirittura prima che la II Guerra Mondiale ne mostrasse definitivamente la necessità alle rinate democrazie occidentali, ma si è realizzato solamente dopo un lungo percorso storico in cui, per molto tempo, è stata la forte influenza inglese a pervadere la storia culturale e politica del paese.

⁷ Ibidem, pag.130 che cita il pensiero di Popper in, *La società aperta e i suoi nemici*, A.Armando, Roma,1977, vol II pag.163.

L'Irlanda, infatti, per ragioni geografiche e storiche ha subito profondamente l'influsso dell'Inghilterra fin dal 1170.

Essa, come la Scozia ed il Galles, diventò con il tempo una sua "provincia" e la politica e la vita economica e culturale furono dominate e orientate dagli inglesi. Incisive, naturalmente, furono le influenze nel campo del diritto.

Il *common law* fu esportato in Irlanda nei primi anni della sua creazione e si è affermato nella sua matrice più pura, senza subire contaminazioni da parte del preesistente "diritto dei Celti" (*Brehon Law*) che fu letteralmente soppiantato da quello inglese nell'area d'influenza, fino alla completa conquista.

Anche il diritto legislativo proveniente da Londra riuscì ad estendersi in vari modi sul territorio irlandese, ed il Parlamento, simbolo dell'esistenza di una comunità legata all'Inghilterra ma diversa da essa, era strettamente collegato a quello di Westminster di cui subiva la superiorità⁸.

⁸ Vedi il capitolo I sulla storia costituzionale.

Il processo di assimilazione culturale era supportato dallo stabilimento programmato in Irlanda di inglesi e scozzesi protestanti (*plantation*) e dall'emergenza di una classe dirigente di élite i cui membri erano fedeli alla Gran Bretagna. Queste operazioni, oltretutto, producevano un forzato trasferimento della terra a danno dei cattolici che nel 1703 giunsero a possedere solo il 14% del suolo irlandese⁹.

Soprattutto durante il periodo dell'Unione quando l'isola diventò una provincia dell'impero coloniale inglese, il dominio culturale della classe protestante dei proprietari terrieri fu generale.

Essa aveva cultura, abitudini e valori in tutto rispondenti ai canoni della classe che in Inghilterra guidava una potenza coloniale mondiale, e la massa povera degli irlandesi era esposta alla speranza di seguire lo stesso sentiero di progresso.

⁹ Basil Chubb, *The politics of Irish Constitution*, Institute of Public Administration Dublin, 1991, pag.6.

In queste circostanze, gli irlandesi acquisirono molto della cultura inglese e il progressivo forzato abbandono della lingua gaelica facilitò questo percorso.

Durante il diciassettesimo ed il diciottesimo secolo, infatti, il numero delle persone che parlavano l'*Irish* declinò rapidamente. Dal 1851 meno del 30% della popolazione era in grado di parlarlo e dal 1871 il numero scese a meno del 20%. Nell'area intorno a Dublino, da sempre fulcro della vita economico-sociale, meno del 5% delle persone conosceva il gaelico¹⁰.

In questo quadro di generale influenza inglese, anche le richieste sempre più pressanti di tutela dei diritti fondamentali erano effettuate con gli strumenti giuridici e politici propri della tradizione britannica.

Il corpo giudiziario era stato sempre completamente composto da membri della classe dirigente protestante.

¹⁰ Chubb, op. cit., pag. 6.

Anche se con il tempo erano aumentate le nomine di giudici originari dell'Irlanda, questi facevano sempre parte della classe aristocratica inglese ed erano educati in quella migliore tradizione universitaria¹¹.

Lo storico del diritto Ball a questo proposito afferma:

L'elemento inglese, in questi giudici, è visibile solo nell'educazione giuridica, l'elemento irlandese è dominante diversamente nella famiglia, nella nascita, nell'istruzione generale. Nello stesso tempo l'elemento professionale adombra completamente gli altri ruoli, ad esso estranei.

Solo verso la fine del XIX secolo quando "l'emancipazione cattolica" diventa un fatto concreto, vengono nominati anche alcuni giudici Cattolici.

Anche in questo caso Ball afferma che la cultura giuridica non viene intaccata da influenze culturali diverse da quelle tradizionali, visto che il common law non subisce differenze di applicazione tra l'Irlanda e l'Inghilterra e la maggiore fonte universitaria dei giudici irlandesi, fino agli inizi del XX secolo, rimane il Trinity

¹¹ F.E. Ball, *The Judges in Ireland 1221-1921*, New York, 1927, pag.155.

College di Dublino, espressione più pura della cultura inglese e perfettamente in linea con le altre istituzioni universitarie della “madrepatria”¹².

Quando le leggi del Parlamento di Westminster intervengono a limitare in Irlanda, in maniera sempre più frequente, i diritti dei cittadini, le lotte si svolgono in Parlamento e non nelle Corti che non avevano il potere di invalidare le leggi, visto il dominio incontrastato del principio inglese di Sovranità del Parlamento¹³.

I diritti fondamentali erano, come in Inghilterra, le libertà riconosciute tradizionalmente dal *common law* e dalle singole leggi del Parlamento.

In molti casi, Londra ha sospeso queste garanzie per i cittadini irlandesi, come accadde per esempio con *l’Habeas corpus* che, finalmente ottenuto nel 1792, fu sospeso più volte e per lungo tempo; inoltre molti elementari diritti come la libertà di stampa, il processo tramite la giuria o il diritto di manifestazioni pubbliche furono sospesi in vari episodi durante il periodo dell’Unione.

Altri diritti non furono mai estesi all’Irlanda, come quelli riconosciuti dalla *glorious revolution* inglese del 1692 ed erano allora le Corti che, in

¹² Ball, op. cit., nota 2 in I,XVII.

alcuni casi, li affermavano vigenti anche in Irlanda perché facenti parte del *common law*¹⁴.

Comunque, anche se l'influenza culturale inglese, nel campo giuridico, era generale, l'Irlanda non fu mai integrata nella Gran Bretagna allo stesso modo in cui lo furono la Scozia e il Galles; essa era portatrice infatti di una cultura propria, motore principale nella lotta per l'indipendenza, che, per quanto riguarda il nostro tema specifico, è centrale nelle concezioni dei diritti fondamentali che si sono sviluppate.

In Irlanda era sopravvissuta, in gran misura, una società rurale preindustriale ed era vivo un forte sentimento nazionale reso più vigoroso dalle differenze religiose.

Il mantenimento di una separata identità si deve, infatti, alla ragione che le masse rimasero cattoliche e, durante secoli di oppressione religiosa, si opposero sempre più alla ricca élite protestante; a ciò si aggiungono le

¹³ Macneill, *Studies in the constitution of the Irish Free State*, Dublin 1925.

differenze di una società rurale preindustriale, localizzata soprattutto nelle zone dell'Ovest, che manteneva usi e costumi radicalmente diversi da una società industriale e urbanizzata come quella della “Madrepatria”.

Durante il XIX secolo il movimento culturale nazionalistico si nutrì anche della rinascita dell'identità Gaelica portata avanti da diversi intellettuali che si sforzavano anche di rilanciarne la lingua nella vita culturale e quotidiana.

Fu comunque quando le masse contadine si organizzarono in movimento politico, dall'inizio del XIX secolo, che si formalizzarono quelle richieste per l'indipendenza che sarebbe arrivata solo nel secolo successivo. La religione cattolica, allora, diventa il collante di antiche tradizioni contadine e conservatrici del popolo irlandese e viene a far parte dei caratteri del suo nazionalismo.

Punti di diffusione basilari della cultura cattolica erano le scuole. Soprattutto le elementari, in gran numero in mano ad istituzioni religiose,

¹⁴ W.N.Osborough, *The Failure to enact an Irish Bill of Rights: A Gap in Irish Constitutional History*, II 98, pag.394.

svolgevano un'opera capillare di istruzione, fino ad arrivare alle università dalle quali uscivano tutti gli uomini della classe media cattolica, da poco emancipata¹⁵.

Il movimento nazionalista, così educato, si batté vigorosamente durante l'ultimo quarto del XIX secolo nel Parlamento di Westminster per l'indipendenza ma, i tentativi per ottenerla fallirono per la politica ostile e conservatrice inglese.

Ebbene, è interessante notare che, proprio in queste proposte legislative, gli irlandesi tentano di superare, per la prima volta nella storia del *Commonwelth*, l'impostazione tradizionale inglese riguardo ai diritti fondamentali.¹⁶

Il *common law* e soprattutto il principio cardine del diritto britannico moderno, la Superiorità del Parlamento (detto anche *Quinn in the Parliament*), aveva miseramente fallito in Irlanda.

¹⁵ Noel Browne, *Church and State in modern Ireland*, in Tim Murphy (ed.), "Ireland's evolving Constitution", Hart Publishing, Oxford, 1998, pag.42.

La <<forza>> della tradizione giuridica inglese non era riuscita a garantire i diritti fondamentali che erano per secoli rimasti in balia di estemporanei atti del Parlamento.

I costituzionalisti irlandesi allora rivolgono la propria attenzione alla tradizione continentale e a quella americana delle “Dichiarazioni dei diritti”. Da esse traggono lo stile ed il metodo della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali e riprendono concetti come giustizia e giusto procedimento che orientano e limitano i diritti stessi; concetti, questi, radicalmente estranei al diritto inglese.

Pur conservando il *common law* ed i suoi principi basilari come le idee di libertà che esprime, l’Irlanda sperimenta quindi un nuovo punto di vista sui diritti fondamentali¹⁷.

Nelle proposte legislative di autogoverno (*Home Rule*), quindi, i diritti dei singoli sono individuati, esplicitati e orientati a fini generali di giustizia.

¹⁶ Ronan Keane, “*The Fundamental rights in Irish law. A note on the Historical Background*” in “Human rights and Constitutional law” O’Reilly ed., Round Hall Press, Dublin1992.

¹⁷ vedi il capitolo II.

Inoltre, in esse, si prevedeva anche una prima forma di controllo di costituzionalità, altro elemento sconosciuto alla cultura giuridica inglese.

La definitiva scelta per il modello continentale di tutela dei diritti fondamentali si realizza infine con l'indipendenza e con le due costituzioni successive.

La prima, del 1922, si pone più timidamente nei confronti di queste innovazioni, essendo una costituzione flessibile, e la giurisprudenza, ancora poco avvezza ai controlli di costituzionalità, sembra scettica sulle sue potenzialità.

Inoltre contiene solo i diritti di matrice liberale, è infatti meno attenta ai cosiddetti diritti "economici".

La seconda Costituzione, del 1937, è invece più decisa e sicura nell'affermare i diritti, di cui aumenta l'enumerazione, e lo stesso controllo di costituzionalità.

Essa però contiene un elemento di novità ancora più importante. Introduce infatti un'altra tradizione culturale nella tutela dei diritti, più

vicina alla cultura originaria del popolo irlandese: quella del Cristianesimo sociale e del diritto naturale.

Il diritto inglese aveva rifiutato il diritto naturale come fonte di diritto vigente già ai tempi del Coke e si era orgogliosamente indirizzato verso il positivismo di Austin e Bentham.

Nel momento in cui il nazionalismo irlandese finalmente si affermava nei fatti e creava un nuovo Stato, esso portava con sé tutta la sua carica culturale; il diritto naturale entra così a far parte del diritto costituzionale irlandese soprattutto nel campo dei diritti fondamentali, e lo fa in un modo veramente unico nel panorama mondiale delle costituzioni.

Anche qui sono illuminanti le coincidenze con il pensiero del professor Zagreblewsky; egli parla di una similitudine tra il diritto costituzionale contemporaneo e il diritto naturale non solo nei contenuti ma anche nel metodo di argomentazione che si adopera nei due sistemi. Ci sarebbe “un’identità di struttura” per cui ciò che è ontologicamente vero per il

diritto naturale, diventa dogmaticamente vero per quello costituzionale¹⁸.

Nella dialettica tra costituzione e legge così si ritrovano le storiche tensioni tra diritto naturale e diritto positivo.

In Irlanda, il diritto costituzionale non è stato solamente influenzato dai contenuti e dal metodo del diritto naturale come è accaduto nelle costituzioni contemporanee; esso lo comprende come fonte autonoma di diritto vigente e secondo alcuni, ormai in minoranza, è addirittura soggetto all'altro; sicuramente, però, è esposto a quella dialettica tra diritto naturale e positivo che è stata, da sempre, fonte di nuova linfa e vita nella storia del fenomeno giuridico, nell'eterna comunicazione tra lettera e spirito della legge.¹⁹

E' un fatto che la presenza di questo nuovo elemento in Costituzione sia dovuta alla forte emergenza della cultura cattolica che, dalla grande diffusione tra il popolo, si impone anche nel panorama politico.

¹⁸ Zagrebelsky, op. cit., pag.162.

¹⁹ Vedi Frosini, *La lettera e lo Spirito della legge*, Giuffrè Editore, Milano,1995.

Dopo l'indipendenza, infatti, il potere della precedente classe dirigente subisce una rapida caduta e un marcato assottigliamento dei ranghi della classe media protestante lascia spazio all'emergenza di un'élite borghese cattolica. Il dominio protestante dell'economia, del commercio, e sulle professioni declina; e anche se il numero dei Protestanti grandi proprietari terrieri non cade, la leadership sociale e politica degli "inglesi dell'Ovest", finì.

Bisogna ricordare che le attitudini della Chiesa dell'epoca erano fortemente conservatrici ed autoritarie. Tradizionalmente il Cattolicesimo irlandese era austero e puritano e piuttosto lontano dalle influenze continentali europee. Era anche una chiesa popolare orientata a ciò che erano i bisogni e i limiti di un popolo contadino²⁰.

La cultura cattolica quindi, riesce ad essere il collante della popolazione ormai economicamente e politicamente "emancipata" e offre la sua influenza anche nel diritto. Nei primi anni del secolo e soprattutto dopo l'indipendenza, infatti, le persone di cultura cattolica si presentano ormai in

maggioranza sia dalla parte di chi crea il diritto, la classe politica, sia dalla parte di chi lo applica, i giudici ; Il Trinity College infatti perde il monopolio della formazione dei giudici a vantaggio delle istituzioni universitarie cattoliche. E' noto, tra l'altro, anche un interessamento specifico nel processo di redazione della Costituzione da parte proprio della gerarchia ecclesiastica dell'epoca.

L'influenza di questo elemento culturale, dunque, nella forma specifica di dottrina del diritto naturale, costituisce quella nuova prospettiva, individuata all'inizio di questa introduzione, che inserisce le esigenze di giustizia all'interno della problematica relativa ai diritti individuali e che, come vedremo, ha dato continua vita a tale tema fino ai nostri giorni.

²⁰ Chubb, op. cit., pag.18.

Capitolo Primo

Storia costituzionale e nascita dello Stato

La storia politico-costituzionale irlandese, fin dall'arrivo dei Normanni nell'isola nel 1170, è stata sempre strettamente legata a quella della vicina Inghilterra²¹.

La tradizione parlamentare, infatti, risalente al Medioevo, è parte dell'eredità inglese dell'Irlanda, ed è stata assorbita, interiorizzata e rielaborata dall'esperienza, in una forma particolare, soprattutto durante il XIX secolo²².

Tutto iniziò in quell'anno, quando il conte di Pembroke detto Strongbow, inviato da Enrico II, sbarcò con il suo esercito in Irlanda perché un re di una tribù irlandese, Macmurrough, ne aveva richiesto l'aiuto per battere uno dei re irlandesi suo nemico.

²¹ Sulla storia costituzionale irlandese vedi L. Khon, *The constitution of the Irish free state*, London, 1932, parti I-III; A.G. Donaldson, *Some Comparative Aspects of Irish Law*, North Carolina, 1957, cap 2,3,4; B.A.Chubb, *Constitutional law and constitutional change in Ireland*, Dublin 1978, cap 1,2; Neil Longlay York, *Neither Kingdom nor Nation: the Irish quest for constitutional rights: 1698-1800* The Catholic University of America Press, Washington, 1994.

²² John A. Murphy, *The 1937 Constitution – Some Historical Reflections*, in Tim Murphy (ed.), *Ireland's evolving Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pag.11.

Macmurrough aveva bisogno di un esercito che fosse a conoscenza delle tecnologie militari in maniera maggiore di quelli irlandesi, ancora troppo arretrati e sicuramente meno esperti dei Normanni.

Da questo episodio iniziò quella che per quasi otto secoli è stata una storia di conflitti che ancora non ha avuto fine, ma anche di destini indissolubilmente legati per quanto riguarda sviluppi costituzionali e politici.

Secondo gli studiosi più recenti e accreditati²³, l'Irlanda era divisa in tribù, ognuna governata da un re i quali però, diversamente da come si può pensare con gli occhi di studioso moderno, non avevano poteri assoluti sui propri sudditi.

Essi rappresentavano la comunità e amministravano la giustizia mentre, i rapporti giuridici, erano regolati da un sistema di norme (*Brehon Law*) fondamentalmente consuetudinario e da ruoli sociali fissati secondo una divisione in caste.

Alcuni re giuravano fedeltà ad altri i quali, più *de facto* che *de iure*, riuscivano ad avere, quindi, un potere su province maggiori di quelle delle proprie tribù, ma la figura del grande re, *ard-ri*, che estendeva il suo potere su tutta l'isola, sembra appartenere più alla leggenda e alla cultura epica popolare che alla storia.

In questo quadro generale, i Normanni si stabilirono in Irlanda nella zona intorno a Dublino e governarono una parte dell'isola che variò grandemente in estensione, per quasi tre secoli, a seconda delle rispettive forze inglesi o irlandesi, fino all'inizio del XVII secolo quando l'intera Irlanda fu conquistata e annessa al Regno d'Inghilterra.

²³ Vedi per tutti D.A.Binchy, *Secular institution*, in Early Irish Society, Dublin, 1954, pag 52.

Fino a quella data convivevano, separate da un confine variabile, due popolazioni e due culture distinte che pur avendo contatti, mantenevano proprie tradizioni e culture giuridiche separate.

Alcuni re inglesi, come Enrico II nel 1172 e Riccardo II nel 1394, ricevettero giuramenti di fedeltà da parte di alcuni dei re irlandesi ma tali riconoscimenti non assicuravano una continuità dell'influenza inglese nei rapporti politici.

Si mantenne una certa separazione tra nativi e dominatori anche nella parte direttamente controllata dai Normanni, tanto che in quell'area il *common law* non era applicabile, se non eccezionalmente, agli irlandesi.

Essi, infatti, se uomini liberi (*Hibernici*), dovevano farsi assistere dal proprio *Lord* per presentarsi nelle corti di giustizia reali, se invece non godevano dello stato di libertà (*nativi o betagh*), potevano solo presentarsi nelle corti del proprio Lord²⁴.

Quando una certa assimilazione nella cultura, nella lingua e nelle tradizioni cominciò ad affermarsi, vennero emanati i cosiddetti “*statuti di Kilkenny*” del 1366 per evitare che i Normanni potessero diventare “più irlandesi degli irlandesi stessi”. Essi prevedevano divieti di utilizzare abiti irlandesi, l'uso del gaelico, il ricorso a leggi irlandesi, i matrimoni misti e vietavano inoltre ai nativi irlandesi di entrare nelle città fortificate.

Queste disposizioni, comunque, non riuscirono ad arrestare il processo di integrazione tra nobili Normanni e signori irlandesi che, iniziato sin dai primi tempi dell'incontro delle due popolazioni con la pratica dei matrimoni misti, portò alla

²⁴ Donaldson , op. cit., pag.7.

formazione di una discendenza di alto rango “Anglo-Irlandese”, i cui appartenenti erano chiamati “Vecchi Inglesi”, che non si differenziava in sostanza da quella dei nobili nativi, i cosiddetti “Signori Gaelici”, né nella cultura né nella loro vita quotidiana²⁵.

Gli “*Statuti*” furono, comunque, l’inizio di una serie di leggi speciali che, nei secoli successivi, si distinsero per limitare i diritti delle popolazioni locali considerate popoli da colonizzare e da “civilizzare”²⁶.

Primi tre secoli del Parlamento irlandese

Le istituzioni politiche nell’area controllata dai Normanni, si sono evolute di pari passo con i loro modelli inglesi e rappresentarono un ponte per l’esportazione del *common law* e delle leggi inglesi nella vicina isola.

Si svilupparono così una Corte di giustizia principale attorno al rappresentante del re, lo *justiciar*, parallela alla King’s Bench inglese, nome che alla fine del XIV secolo fu adottato anche in Irlanda; una corte dei *Common Pleas*, e cioè il luogo dove si trattavano questioni non direttamente riguardanti interessi reali; una *Corte dello Scacchiere* che, inizialmente dedicata a questioni finanziarie, esercitò poteri giurisdizionali alla fine del XIII secolo.

Vi erano poi le corti di contea e quelle ecclesiastiche.

²⁵ Robert Kee, *Storia dell’Irlanda*, Bompiani editore, 1995, Milano.

²⁶ Kee, op. cit. pag.29.

Il *common law* si diffuse in Irlanda quando era ancora un sistema giovane, e non si mescolò ad altri sistemi giuridici come accadde in altri paesi colonizzati successivamente dall'Inghilterra; per questo, pur con le limitazioni territoriali e personali accennate nel precedente paragrafo, il suo sviluppo nei due paesi fu uniforme e senza resistenze.²⁷

Oltre alle corti di giustizia, anche il *Parlamento irlandese* ebbe una evoluzione simile al suo modello inglese. Esso si sviluppò dalla corte dello *justiciar*, così come quello britannico si sviluppò dalle riunioni della *curia regis*²⁸.

Era formato dallo *justiciar* e da magnati normanno-irlandesi che lo consigliavano sulle questioni inerenti l'amministrazione del territorio nel nome del re.

Verso la metà del XIII secolo le riunioni divennero regolari e alla fine del secolo, un po' più tardi che in Inghilterra, furono invitati a parteciparvi i rappresentanti delle contee e successivamente delle città e dei villaggi.

In esso ci si occupava di legislazione, di giurisdizione, di affari amministrativi e di tassazione e si ascoltavano petizioni, ma la rappresentanza non era stabile e regolare.

Nel XIV secolo parallelamente all'Inghilterra nacque la *House of Lords* irlandese che comprendeva i magnati e alcuni giudici i quali si riunivano separatamente dai cavalieri e formavano una Camera Alta.

²⁷ Donaldson, op. cit., pag.8.

²⁸ Richardson and Sayles, *The Irish Parliament in the Middle Ages*, Philadelphia, 1952.

Nei primi tre secoli di esistenza, il Parlamento irlandese era in diretto contatto con quello inglese e le leggi inglesi si applicavano all'Irlanda attraverso una varietà di modi, seguendo il parallelo sviluppo e la diffusione del *common law*²⁹.

Nel XIII secolo venivano, infatti, inviate ordinanze allo *justiciar* che indicavano la applicazione di alcune leggi sull'isola.

Si rispondeva, inoltre, da Londra alle petizioni provenienti dal Parlamento irlandese e alcune leggi erano direttamente trasmesse al Parlamento in Irlanda con un *writ* che ne ordinava l'applicazione.

Altre leggi inglesi erano, invece, espressamente indirizzate ad ambedue le nazioni, quella inglese e quella irlandese.

Accadeva anche che le corti irlandesi applicavano in Irlanda leggi inglesi, anche se queste formalmente non ne facevano espresso riferimento, in forza di principi di *common law* che nell'area governata dagli inglesi, era il sistema giuridico pacificamente riconosciuto come vigente.

Nel secolo successivo, il Parlamento irlandese stesso riconosceva, a volte, come applicabili nella sua giurisdizione alcune leggi inglesi.

Nel XV secolo cessò la pratica di inviare *writ* reali con i quali si indicavano le leggi da rispettare ma l'Irlanda fu inclusa con L'Inghilterra e il Galles nelle previsioni delle leggi sul commercio. In questo secolo, però, ci furono due casi giudiziari in cui si trattò dell'autorità inglese sul Parlamento irlandese ed in cui essa ricevette le prime critiche³⁰.

²⁹ Donaldson, op. cit., pag.40.

³⁰ Donaldson, op. cit., pag.41.

Nel primo del 1441³¹, si affermò che l'Irlanda era soggetta alle leggi inglesi solo se il Parlamento le avesse confermate: è un caso non deciso nello specifico ma che fu utilizzato dagli irlandesi nel XVII secolo e dagli americani nel XVIII negli argomenti per le rispettive indipendenze da Westminster.

Nell'altro del 1483³², si dice che l'Irlanda non era soggetta alle leggi inglesi ma che esse potevano applicarsi alle persone che vivevano in nell'isola.

Una dichiarazione del Parlamento irlandese invece, nel 1460 affermò che l'Irlanda, pur dovendo "obbedienza" alla corona, era soggetta solo alle leggi del Parlamento irlandese.

Il valore di queste dichiarazioni era contestato anche a quei tempi poiché la pratica dell'estensione legislativa nel paese era stata frequente nei secoli precedenti, ma esse testimoniano il fatto che il Parlamento era riuscito ad ottenere una certa autonomia già nei primi tempi della sua esistenza.

Poynings's law

Con il nome di *Poynings'law* si intende una legge del Parlamento irlandese radunato a *Drogheda* da Sir Edward Poynings nel 1494, con la quale si fissò

³¹ *Pilkington* Y.B.20 Hen.6, f, 8.

³² *Merchants of Waterford* Y.B.2 Ric.3, f, 12.

legislativamente l'estensione dell'autorità inglese sulle istituzioni parlamentari irlandesi.

La suddetta legge(10 Hen.7,c.22) afferma in un suo brano:

Tutte le leggi, emanate entro il regno d'Inghilterra, concernenti o riguardanti il benessere comune e pubblico dello stesso, siano accettate, usate ed eseguite in questa terra d'Irlanda in ogni punto e per ogni tempo secondo il tenore delle stesse...

La *Poynings law* è interpretata dai costituzionalisti come un punto decisivo nella storia costituzionale e, precisamente, il momento in cui il Parlamento irlandese riconobbe la posizione costituzionale delle leggi inglesi in Irlanda.

Da questo momento cessò la pratica di estendere in modi diversi la legislazione inglese all'Irlanda, se le leggi erano di per sé applicabili il Parlamento non faceva che confermarle; se non lo erano, esso le estendeva anche alla "Terra d'Irlanda".

La *Poynings law* toccava anche un altro aspetto importante per i rapporti tra Londra e Dublino, quello del controllo governativo di tutte le attività del Parlamento irlandese.

Il Parlamento poteva essere convocato solo dopo che il Luogotenente (così era stato chiamato in seguito lo *justiciar*) avesse trasmesso al re '*Le cause e le considerazioni, e tutti gli atti così come devono passare...*' e il re consigliato dal "*Privy Council*", avesse risposto con un permesso di tenere il Parlamento.

Il Parlamento nei secoli XVI e XVII

Il periodo dal 1495 al 1720 vide la crescita del Parlamento Irlandese contemporaneamente però ad una maggiore affermazione dell'autorità inglese su di esso.

Si tratta di un periodo molto movimentato per ambedue le nazioni.

Con il regno di Elisabetta I dal 1558 iniziò una 'missione di civiltà' (come si trova scritto in vari documenti dell'epoca), con guerre portate avanti dall'esercito inglese contro le popolazioni locali, sotto il pretesto di esercitare il diritto di sovranità feudale sia sui territori dei "Vecchi inglesi" sia su quelli dei "Signori Gaelici"³³. Nel 1607, gli ultimi conti gaelici Hugh O'Neill e Hugh O'Donnell delle regioni del nord dell'Irlanda abbandonarono l'isola (la "fuga dei conti") dopo essere stati sconfitti nella battaglia di *Kinsale* dall'esercito inglese.

Da quel momento con Giacomo I venne confiscato circa mezzo milione di acri, prima appartenenti ai 2 conti irlandesi, per concederli a signori inglesi e scozzesi.

Iniziò così la pianificazione dell'ultima colonizzazione (*plantation*) dell'isola ormai tutta in mano inglese. La questione della terra fu uno dei problemi che da sempre pesò di più sulla questione irlandese, gettò in ginocchio la nazione, contribuì allo svilimento delle tradizioni locali; fu per questo che nell'ottocento la corsa verso l'autonomia fu affiancata a richieste di riforme agrarie.

Ma la memoria collettiva del popolo irlandese è rimasta ferma alla campagna militare di Cromwell alla metà del 1600, il quale era considerato in patria il campione della democrazia.

³³ Kee, op. cit. pag.23.

Terminato il suo feroce intervento militare che interessò varie zone del Paese, egli, nel 1650, emanò un editto che imponeva a tutti gli irlandesi di lasciare le proprie terre e di trasferirsi nella parte più desolata dell'isola, ad ovest del fiume Shannon: il Connaught.

Le terre furono affidate ai veterani di Cromwell e a coloro che avevano finanziato le sue imprese. Coloro che rimasero senza terra né famiglia vennero venduti come schiavi nelle *West Indies*.

Alla fine del XVII secolo ai cattolici rimane il 14 per cento delle terre, e per impedire qualsiasi rivendicazione vengono varate le *Penal Laws* che mirano ad vietare loro di accedere alla proprietà, agli status sociali privilegiati e al potere politico.

I cattolici sono privati dei diritti elettorali attivi e passivi, esclusi dalle corporazioni municipali, professioni, carriera militare e dall'amministrazione pubblica.

Le scuole cattoliche vengono chiuse, i vescovi abbandonano l'isola. Chiunque si converte al protestantesimo ha enormi vantaggi, ricevendo le terre dei fratelli e delle consorti che rimangono cattolici.

In questo contesto storico il Parlamento di Dublino aumenta i suoi membri fino a 300 e aumenta l'attività di proposta legislativa al Parlamento di Westminster. La procedura detta "Poynigs Law" viene sospesa in alcune occasioni aumentando l'autonomia dell'istituzione irlandese e l'efficienza legislativa.³⁴

³⁴ Neil Longlay York, *op. cit.*, pag.12.

Contemporaneamente all'aumento di autorevolezza del Parlamento di Dublino, si fa sempre più pressante l'intervento inglese nella sua giurisdizione, in molti campi.

Come risposta a questa "usurpazione di potere", furono vigorose le proteste dell'élite anglo-irlandese o a difesa dell'autonomia, che di fatto era sempre esistita, o in cerca di una totale indipendenza legislativa.

Nel 1641 il Parlamento stesso approvò una dichiarazione in cui si affermava che l'Irlanda dovesse essere governata solo dal *common law* e dalle leggi del Parlamento irlandese.

Un uomo, avvocato e politico molto influente, Patrick Darcy, scrisse un libello³⁵ in favore dell'indipendenza, in cui si tratta di argomenti storici e costituzionali, che diede inizio ad un lungo e interessante dibattito tra i pensatori dell'epoca.

Darcy riteneva che il regno d'Irlanda fosse soggetto solo alla corona inglese, al *common law* e alle leggi irlandesi ma non a quelle di Westminster, perché il popolo d'Irlanda era un "popolo libero" governato da un Parlamento con le stesse prerogative di quello inglese.

Il re doveva mantenere le sue prerogative ma doveva esercitarle soprattutto per garantire le libertà e i diritti dei suoi sudditi irlandesi, perché troppo spesso erano stati minacciati ad opera di rappresentanti e agenti governativi.

³⁵ *An argument*, Waterford:Thomas Bourke, 1643.

Darcy è ricordato come uno dei primi che hanno contribuito allo sviluppo di un costituzionalismo irlandese³⁶.

Una importante controversia nacque alla fine del XVII secolo quando il Parlamento inglese impose restrizioni in Irlanda sul commercio della lana. Le restrizioni erano applicate anche alle colonie americane e le proteste di ambedue questi paesi rafforzarono i legami tra le rispettive élite che si trovavano a condividere una comune situazione di oppressione e una comune cultura politica.³⁷

A Dublino fu pubblicato nel 1698 “*The case of Ireland’s being bound by Acts of Parliament in England, stated*”, un trattato di William Molyneux, un altro intellettuale molto importante per il costituzionalismo irlandese³⁸. Egli affermava che i due regni, inglese e irlandese, fossero e dovessero rimanere distinti e conseguentemente come cittadino d’Irlanda si vedeva legato solo dall’autorità del Parlamento irlandese.

Rigettava quindi la possibilità che una legge inglese imponesse nuove tasse sugli abitanti dell’Irlanda e sosteneva l’indipendenza della nazione citando anche argomenti di diritto naturale.

A queste proteste rispondevano autori inglesi che ricordavano l’evoluzione del principio di “*Poyning’s law*”, che si era pian piano affermata nella pratica: il fatto che in Inghilterra si legiferava anche per il territorio d’Irlanda e le leggi venivano lì applicate.

Questa pretesa evoluzione fu, poi, definitivamente formalizzata nel 1720 con l’“*Irish Declaratory Act*”, chiamato dichiaratorio proprio perché, dal punto vista

³⁶ York, op. cit. pag.14.

³⁷ York, op. cit., pag. 3

inglese, esso era un mero riconoscimento di ciò che avveniva in fatto; con esso, quindi, si stabilì la supremazia del Parlamento di Westminster su quello di Dublino ed esso fu il bersaglio contro cui si diressero tutte le successive proteste nel dibattito costituzionale irlandese.

Il Parlamento nel XVIII secolo

Sotto la supremazia e la guida del Parlamento di Westminster, quello di Dublino mantenne comunque una certa attività che gli permetteva, nonostante tutto, di tutelare in qualche modo interessi irlandesi.

Naturalmente il secondo differiva molto dal suo modello anche per quanto riguarda la struttura.

Quando, infatti, a Londra si sviluppò il sistema di un gabinetto responsabile verso il Parlamento, l'Irlanda non ne seguì l'esempio soprattutto perché il Luogotenente, rappresentante del re sull'isola, da responsabile verso il re, divenne responsabile nei confronti dell'esecutivo inglese e non del Parlamento irlandese.

Il sistema del "Poyning's law", che nella pratica si era evoluto anche nel senso di dare al Luogotenente il potere di non presentare le proposte legislative al re, continuava, infine, a restringere l'autonomia legislativa.

³⁸ Donaldson, op. cit. pag.47.

Una forte scossa a questa situazione di stallo fu data dalle nuove idee che venivano dalla Rivoluzione americana.

Molineux era stato conosciuto dall'altra parte dell'Atlantico e le sue idee avevano facilmente messo le radici in una situazione politica simile a quella irlandese. Molti leader rivoluzionari come Franklin e John Adams utilizzavano l'argomento irlandese in favore di un'indipendenza per le colonie di oltremare³⁹.

I due movimenti avevano anche legami personali, ma forse, più di ogni altra cosa, avevano in comune una situazione di soggezione per quanto riguarda le restrizioni commerciali imposte dall'Inghilterra.⁴⁰

Le proteste dell'élite politica irlandese riuscirono tre anni dopo la rivoluzione americana, a far abrogare le norme contro l'esportazione della lana e del vetro.

Ma la più significativa innovazione nei rapporti tra Irlanda e Inghilterra furono gli avvenimenti del 1782 anno in cui si ottenne la prima forma di indipendenza per l'isola.

Henry Grattan, un eloquente avvocato e uomo politico, a capo del partito dei "Partioti" si fece promotore nel 1780, di una dichiarazione parlamentare che affermava la natura distinta dei due regni e di conseguenza l'indipendenza dell'Irlanda seppur sotto la comune corona reale inglese.

I temi principali del dibattito costituzionale erano due: la procedura detta "*Poyning's law*" e la subordinazione dell'Irlanda alla Gran Bretagna nella legislazione e nella giurisdizione.

³⁹ Arthur Berriedale Keith, *Constitutional History of the First British Empire*, Oxford, 1930, pag.374; Reginald Coupland, *The American Revolution and the British Empire*, London, 1930, pag.102.

⁴⁰ Donaldson, op. cit. pag.50.

Riguardo alla prima, nel 1781 Barry Evelton propose e fece approvare una legge che la modificò nel senso che solo le leggi approvate da ambedue le camere irlandesi dovessero essere inviate al *Privy Council* a Londra, e senza che il Luogotenente potesse modificarle. Fu abolita anche la necessità del permesso reale per le sedute del Parlamento.

Riguardo al secondo tema, nel 1782 fu abolito *Irish Declaration Act* del 1720 e così terminò la dominazione costituzionale inglese sull'Irlanda.

Naturalmente l'indipendenza irlandese non è comparabile con quella ottenuta dalle colonie americane, in quanto assolutamente non piena. Non si sviluppò infatti neanche allora un Gabinetto responsabile di fronte al Parlamento e, in più, la procedura legislativa concedeva ancora al Re la possibilità di impedire che fossero emanate leggi a lui "non gradite".

Nonostante ciò durante il breve periodo dell'indipendenza legislativa, il Parlamento aveva piena ed esclusiva giurisdizione sul territorio d'Irlanda e furono adottate alcune riforme sia parlamentari sia a favore dei cattolici.

Nel 1793, i Cattolici ebbero riconosciuto il diritto di voto nelle Contee e furono ammessi come uomini liberi nei *boroughs*.

Furono inoltre abrogate molte delle cosiddette *Penal Laws* tranne il divieto per i Cattolici di sedere in Parlamento, che fu eliminato nel 1829 per opera del movimento di Daniel O'Connell.

In Quegli anni, però, sulla spinta delle idee provenienti dalla rivoluzione francese, si diffusero gruppi di repubblicani chiamati *United Irishmen* che protestavano contro la situazione politica economica e sociale del paese, a volte

utilizzando anche la violenza. Dopo la rivolta del 1798 che gli *United Irishmen* organizzarono in varie parti del paese, inizialmente anche con l'intervento di una parte dell'esercito francese, Londra decise che l'autonomia concessa dovesse finire.

Si giunse così all'*Act of Union* del 1801 passato sia per il Parlamento di Westminster sia in quello di Dublino, dopo che un'opera di corruzione riuscì a far diventare minoranza la maggioranza radicale che precedentemente si opponeva al progetto di Unione⁴¹.

In meno di venti anni sembrava così venuta meno quella speranza del *self-governing* che invece nell'altra parte dell'oceano, altre colonie avevano, così clamorosamente, ottenuto.

Il XIX secolo e l' "Home Rule"

Durante il periodo dell'Unione con la Gran Bretagna, l'Irlanda era diventata completamente dipendente dalla "madrepatria".

Essa era rappresentata a Londra dal Luogotenente, il Capo Segretario per l'Irlanda e il procuratore generale per l'Irlanda; tutti erano responsabili davanti al governo inglese e quindi, mentre altri paesi appartenenti all'impero britannico, come il Canada, la Nuova Zelanda e l'Australia sperimentavano forme di autonomia e indipendenza, in Irlanda era assente ogni forma di rappresentatività.

⁴¹ Donaldson, op. cit. pag.55

Ciò non toglie che lo spirito di libertà in Irlanda fosse ancora vivo e, spinto dagli avvenimenti del XIX secolo, fosse capace di mobilitare vari settori del popolo dell'isola.

Questo periodo, infatti, vide nascere una serie di movimenti e rivolte che crearono sempre più problemi al governo inglese fino a convincerlo che l'unica strada possibile fosse quella di concedere l'indipendenza.

Nelle prime due decadi del XIX secolo un problema di grande importanza era quello dell'emancipazione dei Cattolici e soprattutto la possibilità che essi potessero essere eletti nel Parlamento.

Daniel O'Connell, fondò un movimento nel 1823 l'"Associazione Cattolica" che aveva in animo di eliminare queste discriminazioni. Era un movimento caratterizzato dalla grande partecipazione democratica ed O'Connell era famoso per organizzare per esso immensi comizi in tutto il Paese che dimostravano lo stato dell'opinione pubblica Cattolica e preoccupavano le autorità governative inglesi.

Quando riuscì a far eleggere un suo candidato, protestante, nel 1827 e successivamente si presentò egli stesso nel 1829 e vinse, il governo inglese si lasciò convincere dal volere delle masse e abrogò il divieto per i cattolici di sedere in Parlamento, con il *Catholic Emancipation Act* del 1829⁴².

O'Connell si impegnò, poi, per ottenere una legge di indipendenza per l'Irlanda la cosiddetta *Home Rule*. Fondò quindi nel 1840 un nuovo movimento, la *Repeal Association*, che chiedeva l'abrogazione dell'atto di Unione del 1803 e che, come il

⁴² Kee, op. cit. pag.56

movimento precedente, godeva del favore del clero e di un'amplissima parte del popolo.

La sua attività fu però arrestata dal governo inglese che ne proibì i comizi e lo condannò per cospirazione, anche se poi la condanna fu annullata dalla Camera dei Lords. Egli fu "arrestato" però, ancora di più, dalla immensa tragedia della "Grande Carestia" che da 1845 al 1849 ridusse allo stremo il Paese.

Essa era dovuta ad una malattia delle patate che rappresentavano allora (e in misura minore anche oggi), la parte di gran lunga più importante della dieta degli irlandesi. Essi inoltre, pur producendo altri generi alimentari, non potevano consumarli perché li vendevano per pagare gli affitti elevatissimi dei campi da loro coltivati.

La malattia delle patate si estese a macchia d'olio in Irlanda e non fu prontamente contrastata dalle autorità inglesi che, all'inizio, la sottovalutarono e, successivamente, agirono con misure inadeguate all'importanza del problema.⁴³

Per la popolazione irlandese fu una vera catastrofe; dopo 4 anni di carestia secondo gli storici più attendibili morirono in Irlanda 800000 persone e un altro milione e mezzo fu costretto ad emigrare verso le coste dell'Inghilterra, degli Stati Uniti e quelle del Canada⁴⁴. Nelle menti degli irlandesi rimane ancora viva la tragedia occorsa ad una gran parte della popolazione irlandese, sotto il periodo del dominio inglese.

Il 1848 vide la fondazione del gruppo repubblicano "Giovane Irlanda", che aspirava ad un Irlanda dove potessero convivere protestanti e cattolici in armonia,

⁴³ Kee, op. cit.66-67.

⁴⁴ Kee, op.cit., pag.84.

con lo stesso amore per la patria e una cultura comune; ma anche dei rivoluzionari “Feniani” e della Fratellanza Repubblicana Irlandese che, invece, si impegnarono in azioni violente e soprattutto nella fallita rivolta del 1867.

Tuttavia, il movimento costituzionale per l’indipendenza dell’Irlanda ripartì dai banchi di Westminster negli ultimi trenta anni del XIX secolo, per opera del “Partito Irlandese” guidato prima da Isaac Butt e poi da Charles Stuart Parnell.

Parnell divenne famoso per la sua lotta in favore di una riforma agraria in Irlanda e, per usare le parole di Robert Kee, riuscì a portare a termine la “*più grande rivoluzione sociale della storia della Gran Bretagna*” con l’approvazione del *Land Act* del 1881 del governo Gladstone.⁴⁵ Non ottenne, come voleva, il trasferimento della terra dai grandi proprietari terrieri agli affittuari, ma la riforma stabilì limitazioni alle facoltà di utilizzo e disposizione della terra stessa da parte dei proprietari.

Si istituirono, inoltre, tribunali agrari che giudicavano sull’equità dei canoni e si garantì la stabilità del fondo per il conduttore, il quale poteva anche decidere di trasferirlo ad altri con tutte le migliorie apportate.

Il Partito nazionalista di Parnell, con i suoi 85 membri, era un supporto necessario per qualunque maggioranza in Parlamento e, questa sua posizione decisiva, fu sfruttata oltre che per ottenere l’emanazione del *Land Act*, anche nei vari tentativi del governo liberale di Gladstone, diretti ad ottenere l’autonomia per l’Irlanda, detti “*Home Rule Bills*”.

⁴⁵Ibidem., pag. 98.

Il primo, del 1886 che fu però fu bocciato alla Camera di Comuni per la divisione in seno al partito liberale, prevedeva un legislativo irlandese composto dalla Corona e da due Camere che dovevano votare concordemente, e un esecutivo nominato dalla Corona.⁴⁶ Si sottraevano alla competenza del Parlamento irlandese alcune materie quali la Corona, la dichiarazione di guerra e di pace, la navigazione, il commercio e i rapporti esteri.

Si vietava che fossero approvate leggi che imponessero la religione di stato o l'insegnamento obbligatorio della religione stessa nelle scuole. In generale, si prevedevano concessioni maggiori di quelle fatte al Canada quando divenne provincia, ma minori di quelle fatte allo stesso paese, quando ottenne il nuovo stato di "Dominion" britannico.

Infatti, per il Canada era previsto un esecutivo responsabile di fronte al Parlamento, e un potere di emendare la costituzione.

Il secondo "*Home Rule Bill*", presentato dopo la morte di Parnell, nel 1893, prevedeva maggiori competenze legislative e conteneva una clausola che, come vedremo nel prossimo capitolo, fu molto importante per il tema dei diritti fondamentali.

Si vietava, infatti, al Parlamento irlandese di legiferare in modo che "*...si possa privare una persona della vita, libertà o proprietà senza un giusto procedimento di legge e in accordo con i principi e precedenti stabiliti, o che la proprietà sia presa senza la giusta compensazione.*"

⁴⁶ Donaldson, op.cit., pag. 62.

La Camera dei Lords inglese avrebbe vigilato su queste garanzie e si sarebbe introdotto, quindi, un elemento nuovo per il sistema giuridico britannico: il controllo di validità delle leggi.

Il progetto di legge fu però bocciato dalla Camera dei Lords che si opponeva a innovazioni troppo azzardate.

In un mondo, quindi, in cui, alla fine del secolo il Canada era diventato un *Dominion*, l'Australia stava per entrare nel Commonwealth, la Costituzione della Nuova Zelanda operava da cinquanta anni, in Irlanda si ottenne solo una riorganizzazione del sistema di governo locale con il *Local Government (Ireland) Act* del 1898.

Il XX secolo e l'Indipendenza irlandese

L'ultimo tentativo di far approvare l'*Home Rule Bill* anche se in versione parziale rispetto a quello del 1893, fu operato nel 1914 e, dopo che alla Camera dei Lords fu tolto il potere di veto sulla legislazione, finalmente divenne legge dello Stato.

Esso conteneva previsioni speciali per l'Irlanda del Nord che avrebbe potuto essere esclusa dall'indipendenza a seguito di un *referendum*. L'atto, però, fu sospeso per sei anni in vista della prima guerra mondiale.

Dopo la guerra, nelle elezioni inglesi del 1918 il partito repubblicano indipendentista irlandese, lo *Sinn Feinn*, conquistò 73 seggi su un totale di 105

destinati ai deputati irlandesi⁴⁷. Essi, però, si rifiutarono di sedere sugli scanni di Westminster e si radunarono a Dublino *nell'Assembly of Ireland (First Dail)*, dove redassero una Dichiarazione di Indipendenza, il Programma Democratico e una breve Costituzione provvisoria.

I repubblicani irlandesi hanno sempre ritenuto che l'istituzione del nuovo Stato ebbe inizio con la nascita del *First Dàil* e con la sua attività, anche se gli inglesi non ne riconoscevano la legittimità giuridica.

Il *Dàil* in realtà era formato solo da 27 membri eletti nelle liste dello *Sinn Fein*, poiché gli altri esponenti del partito erano in galera mentre quelli degli altri partiti non vollero parteciparvi.

Il *First Dàil* istituì, per affermare un'indipendenza anche giudiziaria, le *Dàil Courts* che operarono soprattutto nel Sud del paese dove i vecchi tribunali non riuscivano più a lavorare.

A Londra intanto, nel 1920, fu emanato il *Government of Ireland Act* che istituiva due entità politiche distinte, con organi legislativi, esecutivi e giudiziari distinti, una per il Nord e l'altra per il Sud dell'Irlanda.

Queste previsioni furono rigettate completamente a Dublino perché giudicate insufficienti e inadeguate e iniziò, in tutto il paese, una "Guerra di Indipendenza" contro le istituzioni inglesi.

Nel frattempo Londra, sulla base dell'*Act* del 1920, indisse nuove elezioni per il Nord e per il Sud che, comunque, il *Dàil* di Dublino ritenne legittime, malgrado la fonte su cui si fondavano.

⁴⁷ Morgan, *Lineamenti di diritto costituzionale irlandese*, Giappichelli, Torino, 1998 pag.46 (titolo originale: *Constitutional law of Ireland*, 2th ed. The Round Hall Press, Dublin, 1990).

La guerra tra Irlanda e Inghilterra, terminò con il trattato Anglo-Irlandese del 1921 stipulato a Londra con i rappresentanti del governo provvisorio irlandese.

L'articolo 1 concesse al nuovo Stato, chiamato "Stato Libero d'Irlanda", lo *status* di "*Dominion*" e l'articolo 2 affermava che i rapporti fra Regno Unito ed l'Irlanda fossero assimilati a quelli con il Canada.

In seguito ad un *referendum* permesso dal Trattato inoltre si decretò definitivamente la separazione tra l'Irlanda del Sud da quella del Nord, rimasta appartenente al Regno Unito.

L'ala più radicale del Parlamento, però, la quale riteneva che nel 1919 il primo *Dàil* avesse proclamato l'assoluta indipendenza dell'Irlanda, si opponeva vigorosamente ad un'entità che avesse uno *status* inferiore a quello della piena sovranità.

Permanevano, inoltre nel nuovo Stato, alcune forme e istituzioni inglesi come la figura del Governatore Generale, il giuramento di fedeltà alla Corona che ogni membro del Parlamento doveva prestare e il ruolo del *Privy Council* inglese come superiore custode della Costituzione e ultimo grado di appello contro le decisioni della Corte Suprema Irlandese.

I sostenitori del trattato, invece, lo ritenevano importante perché conferiva all'Irlanda un'indipendenza di fatto e ritenevano che con il tempo sarebbe stato possibile raggiungerne anche una formale eliminando gli ultimi legami residui⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. Casey, *Constitutional Law of Ireland, London*, 1987, 1-10

Il Parlamento irlandese, infine, a stretta maggioranza ratificò il trattato, e furono indette nuove elezioni. I sostenitori del trattato, guidati da Michael Collins e Arthur Griffith (il fondatore dello *Sinn Fein*), formarono il primo governo dello Stato Libero d'Irlanda e vararono la Costituzione del 1922 (sulla quale mi soffermerò nel prossimo capitolo), mentre l'opposizione, guidata da Eamon De Valera, uscì dal Parlamento.

L'approvazione del trattato condusse ad un'amara e sanguinosa guerra civile tra le due fazioni che finì nel 1923 con la vittoria dei sostenitori del trattato ma anche con la morte del loro leader Michael Collins tradito in un agguato, forse l'unico vero rivoluzionario mai esistito in Irlanda.

La principale questione che divise i due partiti, durante la guerra civile, era stata la compatibilità di simboli inglesi e della non piena indipendenza, con il sentimento nazionale irlandese. La questione dell'Irlanda del Nord, invece, che aveva pesato molto nell'emanazione degli "*Home Rule Bills*" e in quella del *Government Act* del 1920, non colpì l'attenzione dei protagonisti della guerra civile⁴⁹. Essi pensavano, infatti, che prima o poi quella regione si sarebbe unita al resto dell'Irlanda.

Il problema, invece, era destinato a rimanere aperto e a produrre fino ai nostri giorni, odio, sangue e morti fra due popoli che nel bene e nel male hanno condiviso più di 8 secoli di storia comune.

Con la Costituzione del 1922, finalmente, l'Irlanda nacque come Stato autonomo sebbene con alcune ambiguità che sarebbero state, poi, eliminate a colpi di emendamenti costituzionali e in maniera definitiva con la Costituzione del 1937.

Infatti, il partito guidato dallo sconfitto De Valera, il *Fianna Fail*, tornò al potere nel 1932 e guidò il paese nell'opera di un progressivo allontanamento dai simboli e dai residui legami con l'elemento britannico⁵⁰. De Valera infatti pensava ad una nuova Costituzione che sarebbe stata un prodotto unicamente del popolo irlandese che avrebbe autolegittimato così la propria indipendenza e una nuova tradizione costituzionale.

Dopo aver nominato un comitato, di cui diresse i lavori personalmente, per la redazione del testo costituzionale, egli presentò il progetto al Governo di cui era il Primo Ministro, al Parlamento per le eventuali modifiche, e la fece ratificare dal popolo con un referendum.⁵¹

Egli mantenne lo schema generale di governo riproponendo nel testo del 1937 elementi della tradizione costituzionale inglese. Naturalmente eliminò ogni traccia della Corona e ogni interferenza degli organi di governo britannico; ma si nota un distacco da quel modello soprattutto per l'introduzione di una costituzione rigida, per un catalogo più completo di diritti fondamentali e per una più forte affermazione del controllo di costituzionalità delle leggi⁵².

Queste coraggiose innovazioni affondano le radici in pensieri e scritti di autori di secoli precedenti; già i primi costituzionalisti irlandesi, infatti, si battevano per affermare garanzie e diritti che il modello inglese non sapeva offrire.

⁴⁹ Cfr. J. Casey, op. cit., e L. Kohn, *The Constitution of The Irish Free State*, London, 1932.

⁵⁰ Morgan op. cit., pag. 51.

⁵¹ Kelly, *Fundamental rights in Irish Law*, 2 ed., Dublin, 1967, pag. 7.

Esse ebbero la prima possibilità di affermarsi realmente, sebbene in maniera più timida e meno decisa, già con la Costituzione del 1922.

Fu allora, infatti, che l'Irlanda scelse una strada che si distinse in maniera originale e critica da quella della tradizione inglese, allontanandosene per alcuni importanti aspetti.

Le caratteristiche delle due Costituzioni e le differenze rispetto al loro modello britannico, saranno esaminate nel prossimo capitolo.

Principalmente l'attenzione sarà focalizzata su uno degli elementi d'innovazione rispetto al modello Britannico, forse il più importante, che è l'oggetto di questa tesi: la nuova impostazione dei diritti fondamentali.

Di questo tema, nel prossimo capitolo, sarà data una particolare attenzione alla prospettiva storica con la quale si possono cogliere pienamente le implicazioni e le ragioni che giustificano il concetto stesso di diritti fondamentali nella società irlandese così come, in generale, in ogni società e cultura giuridica.

⁵² James Casey, *Changing the Constitution: Amendment and Judicial Review*, in De Valera's Constitution and ours, ed. By Brian Farrell, Dublin, 1988, pag.152.

Capitolo Secondo

I Diritti Fondamentali nelle due Costituzioni Irlandesi

Elementi principali delle due Costituzioni

Come si è accennato, le due Costituzioni irlandesi, anche se riproposero modelli per molti aspetti derivanti dalla tradizione inglese, se ne differenziano significativamente soprattutto per quanto riguarda il tema dei diritti fondamentali.

La prima, entrata in vigore nel 1922, è ancora molto legata anche formalmente con il governo di Westminster.

Venne emanata dopo il trattato Anglo-Irlandese del 1921 che fu incorporato in essa e che segnò un momento importante verso la fine della pluricentenaria lotta per l'indipendenza del Popolo Irlandese.

La Costituzione istituisce un sistema parlamentare con una “Camera Bassa” elettiva, il “*Dàil*” che ha il potere legislativo, un governo da essa nominato e verso la quale è responsabile (art. 54), un potere giudiziario sostanzialmente indipendente.

Vi sono evidenziati forti legami con la madre-patria: la presenza del Re come formalmente a capo dell'esecutivo, ma rappresentato dal Governatore Generale (art. 51) (naturalmente però il potere esecutivo era nelle mani del Primo Ministro); il giuramento di obbedienza che ogni parlamentare doveva prestare prima di assumere la propria carica; il ricorso in ultima istanza dalle Corti Irlandesi presso il "Privy Council" di Sua Maestà (previsione questa contenuta in tutte le leggi di indipendenza concesse alle colonie inglesi).

L'Irlanda, con la prima Costituzione, diveniva sostanzialmente indipendente ma non era dichiarata una repubblica bensì era considerata un "Libero Stato" facente parte del *Commonwelth* Britannico (art.1); giuridicamente aveva lo *status* di "Dominion".

Il potere di emendare la Costituzione era affermato nell'art. 50 dal quale si nota la caratteristica flessibile della Costituzione del 1922:

Gli emendamenti della Costituzione nei limiti del Trattato possono essere approvati dal Parlamento ma, dopo il periodo di otto anni dall'entrata in vigore della Costituzione, il popolo dovrà esprimersi su di essi con un referendum.

Questo periodo di otto anni fu poi prolungato con un semplice atto del Parlamento a 16, praticamente tutto il periodo di vigenza della Costituzione durante

il quale, quindi, le leggi ordinarie potevano abrogare disposizioni costituzionali, anche implicitamente.

Gli emendamenti dovevano però rispettare i principi del trattato Anglo-Irlandese del 1921.

Dal punto di vista degli inglesi, questa Costituzione era una legge dello Stato Britannico “*The Irish Free State Constitution Act*” del 1922 e quando il Parlamento irlandese eliminò progressivamente i residui costituzionali della Corona nell’Isola, successive leggi inglesi seguirono alla legge citata legittimando i singoli emendamenti.

Anche nella nuova Costituzione del 1937 si ripropongono molti elementi dell’impostazione costituzionale di tradizione inglese, soprattutto per quanto riguarda la forma di governo⁵³, anche se afferma orgogliosamente che ogni legame istituzionale con la Gran Bretagna è reciso definitivamente e sublima l’indipendenza del nuovo Stato con il Plebiscito che si è tenuto nell’anno della sua entrata in vigore.

Il voto del popolo, fortemente voluto da De Valera, capo del governo sotto la precedente Costituzione e principale artefice della nuova, rappresentava così l’unica fonte di legittimazione della sovranità del nuovo Stato.

Una differenza rispetto al precedente documento irlandese si trova nella istituzione del Presidente al posto del Governatore Generale, eletto direttamente dal

popolo; un importante potere del presidente è quello di rinviare una legge, prima della sua promulgazione, alla Corte Suprema per farne controllare la legittimità (art. 26) (controllo di costituzionalità *a priori*).

Il potere esecutivo è esercitato dal Governo (art. 28.2) guidato dal *Taoiseach* (Primo Ministro) eletto dal *Dàil* e nominato dal Presidente(art.13.1.2)⁵⁴.

Il Governo è responsabile davanti al *Dàil* e se perde la fiducia il Primo Ministro deve dimettersi “*a meno che su suo consiglio il Presidente sciolga le camere ed egli nella nuova assemblea ottenga la maggioranza dei voti*”(art. 28.10).

E’ lasciato comunque alla discrezione del Presidente non sciogliere la Camera e costringere alle dimissioni il Primo Ministro.

Si afferma il potere dell’ Alta Corte (art. 34.3.2), e della Corte Suprema in sede di appello (art.34.4.3), di controllare la costituzionalità delle leggi con il metodo del controllo incidentale.

La Costituzione è molto più rigida della precedente. L’art. 46 afferma:

ogni proposta di emendamento della Costituzione deve iniziare nel Dàil Eireann e deve essere approvata da tutte e due le Camere dell’ Oireachtas (il Parlamento)e deve essere approvata dal Popolo con un referendum secondo le disposizioni di legge.

⁵³ Jhon Kelly, “*Fundamental rights and the Constitution*” in Brian Farrel , “*De Valera’s Constitution and ours*” Gill&McMillan Dublin, 1988, pag.162.

⁵⁴ Secondo l’articolo 28, il Governo può consistere in un numero compreso fra 7 e 15 membri che devono essere tutti membri del Parlamento ma non più di due devono essere Senatori; il *Taoiseach*, il *Tanaiste* (vice premier) e il ministro delle Finanze, devono essere del *Dàil*.

I diritti fondamentali

Come si vede, tutte e due le Costituzioni per quanto riguarda la struttura dello Stato hanno seguito la tradizione parlamentare inglese; riguardo invece ai diritti fondamentali entrambe segnano veramente uno spartiacque nella storia costituzionale della madre-patria⁵⁵.

Nella Costituzione del 1922 vi sono dedicati 4 articoli dal 6 al 10, non molti, ma di grande significato per la nuova impostazione che propongono.

La Costituzione del 1921, così come quella successiva, ha preferito seguire la tradizione della maggioranza degli Stati occidentali di esplicitare in una sorta di “*Bill of Rights*” i più importanti diritti e libertà del cittadino insieme al documento che regola i poteri dello Stato; tutto ciò per la prima volta nella storia del *British Commonwealth*.

Affermando che questi diritti non possono essere violati dal Parlamento in sede di legislazione ordinaria (almeno in teoria, come si è detto) e che devono essere garantiti dalle Corti nella loro opera giurisdizionale, la prima Costituzione ha introdotto un forte “*un-British*” elemento nel suo corpo⁵⁶.

⁵⁵ Leo Kohn, “*The Constitution of Irish Free State*” London, 1932.

⁵⁶ Kelly, op. cit.

Era certamente chiaro ai Padri del documento irlandese l'esempio fondamentale della Costituzione U.S.A. e soprattutto quello della Corte Suprema americana che fin dall'inizio del XIX secolo aveva inaugurato una giurisprudenza che annullava le leggi violanti la Costituzione e i precetti del "*Bill of Rights*" presenti negli emendamenti costituzionali successivi.

I diritti che essa afferma sono di tradizione liberal-democratica: il diritto di libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la libertà di coscienza e di praticare una religione, la libertà di opinione e la libertà di assemblea e di associazione.

Nel 1937 con la nuova Costituzione, a questi se ne aggiungono, per i motivi che si diranno, altri di matrice cattolico-sociale che apportano un ulteriore elemento di novità rispetto alla tradizione inglese.

Dopo aver analizzato il differente punto di vista inglese sui diritti fondamentali, mi soffermerò, nel prosieguo di questo capitolo, sul background storico dal quale nascono i soli diritti di matrice liberale che entrano a far parte del costituzionalismo irlandese.

Le "Libertà fondamentali" in Gran Bretagna

In Gran Bretagna diversamente da altri paesi, non esiste un documento che regola i diritti fondamentali al quale il Governo, il Parlamento e le Corti, devono riferirsi per decidere in rapporto ad esso quale legge

debba essere emanata o sostenuta, come debba essere interpretata, e soprattutto quando una legge possa essere invalidata dalle Corti⁵⁷.

Pur esistendo diversi, importanti documenti costituzionali come la *Magna Carta* (1215) o il *Bill of Rights* (1668) che trattano dei limiti del potere del monarca o del Parlamento, essi non dicono quali sono i diritti individuali dei cittadini del Regno Unito.

Riguardo al diritto di manifestazione del pensiero, per esempio, il Bill of Rights(1668) afferma:

Che il diritto di parola e i dibattiti nel Parlamento non siano giudicati in nessuna Corte o posto fuori dal Parlamento.

I membri del parlamento possono esprimere il loro pensiero ma niente si dice sulla più generale libertà di espressione.

La protezione delle libertà resta quindi nelle mani del Parlamento e delle Corti.

Il Parlamento dovrebbe assicurare che non siano promulgate leggi che violino i diritti dei cittadini e le corti, dovrebbero interpretare le disposizioni legislative in

⁵⁷ Richard Stone, *Civil liberties*, Blackstone Press Limited, London, 1994, pag.9.

modo da assicurare il maggior grado possibile di libertà così come afferma chiaramente il *common law*.

Certamente il principio di sovranità del Parlamento potrebbe mettere a rischio in teoria ogni tutela delle minoranze e così ogni singolo diritto individuale, ma è comune fra gli inglesi il rigetto di tali estremismi ed è invece forte una cultura di libertà che si riflette nelle idee dei parlamentari , che impedisce un tale uso negativo della legge⁵⁸.

Ci sono, infatti, molti esempi che mostrano come la *House of Common* sia molto sensibile alle libertà dei cittadini e si batta vigorosamente contro il governo quando ci siano sospetti di azioni ingiuste da parte della politica governativa.

Bisogna anche dire che tutto questo vale per tempi normali e che questa moderazione può invece venir meno, in tempi di guerra.

Allora può accadere che il vero difensore dei diritti individuali sia il Governo, contro un Parlamento che in tempi di emergenza è molto meno indulgente nell'emanare leggi restrittive.⁵⁹

⁵⁸ Jennings, *The law and the Constitution*, University of London Press, London,1967; vedi anche Dicey, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, 1886

⁵⁹ Jennings, op.,cit. pag264.

I diritti fondamentali dei cittadini, in questo contesto, si pongono in una posizione profondamente diversa rispetto a quella propria esistente in Stati che invece hanno affermato solennemente in una Carta di Diritti quali sono le garanzie dei propri cittadini.

Per evidenziare la peculiare condizione di libertà dei cittadini inglesi rispetto a quella degli altri popoli, farò riferimento al pensiero di Sir Isaiah Berlin presente nel suo libro *“Two Concepts of Liberty”*⁶⁰.

Egli considera due differenti nozioni di libertà, entrambe politicamente importanti, che hanno due opposte implicazioni.

Una di queste è la **“libertà positiva”**, che viene in rilievo quando si risponde alla domanda: “Da chi sono governato?”.

In questo senso un uomo può dirsi libero se le sue azioni non sono dettate da altri ma da sé stesso; per analogia si può estendere tutto ciò ad un popolo o ad uno Stato i quali, quindi, sono liberi se non vi sono tiranni o popoli stranieri che li governano ma se hanno indipendenza e autodeterminazione.

⁶⁰ Oxford University Press, 1958.

La “**libertà negativa**” invece interessa la domanda: “Che cosa sono libero di fare o di essere?”.

Questo concetto indica quella parte dell’attività umana che non è proibita all’individuo, in altre parole essa denota l’area entro la quale l’individuo può fare ciò che vuole. In questo senso un uomo è libero in proporzione alla ampiezza di quest’area.

Non c’è miglior termine per descrivere la sfera di libertà di un soggetto nel diritto inglese di quello di “**libertà negativa**”⁶¹.

Ciò che il cittadino inglese è libero di fare o di non fare non è indicato, come ho detto, da nessun *Bill of Rights* ma deve essere individuato con il metodo negativo di considerare ciò che la legge gli proibisce di fare.

Ancora meno il diritto inglese riserva per quanto riguarda il concetto di libertà “fondamentali e inviolabili”; i poteri del parlamento non hanno limiti nel ridurre le nozioni di queste libertà per via legislativa.

Se qualche limite è possibile lo si può ritrovare, si è detto, non nella legge ma nel carattere del popolo inglese e nel riflesso di questo carattere nel suo Parlamento⁶².

⁶¹ Isaiah Berlin, op. cit.

⁶² Dicey, “*The Law and the Constitution*” (8th ed.), pag. 267

Questa non è la strada seguita sin dalla fine del XVIII secolo però, da molte democrazie occidentali, che hanno ritenuto che ci dovessero essere strumenti particolarmente importanti che individuassero e garantissero entro l'area di alcune attività umane, le libertà fondamentali dei cittadini.

In Gran Bretagna, nonostante ciò, la **libertà negativa** è rimasta ancora un concetto imperante con tutto il suo significato; in Irlanda, come in molti altri paesi del mondo, invece essa è stata ridotta in larga misura a una serie di proposizioni sui “diritti fondamentali” inseriti in Costituzione.

Il concetto di libertà negativa è sottinteso anche dal Jennings nel suo fondamentale studio “*The law and the Constitution*”⁶³ quando dice che, nel diritto inglese, si parla di “**libertà fondamentali**” invece di utilizzare il concetto di “**diritti fondamentali**”; quest’ultimo, infatti, così come noi lo intendiamo, non è proprio della tradizione inglese e può dar luogo ad ambiguità.

Egli dice che si parla di “**diritti**” solo quando c’è un correlativo “**dovere**” imposto su qualche altra persona dalla legge positiva: per esempio, nella stipula di un

⁶³ University of London Press, 1967 pag.263.

contratto di compravendita ognuno dei due contraenti possiede diritti corrispettivi e corrispettivi doveri.

Per quanto riguarda, invece, il concetto di “**diritti**” intesi come quei valori fondamentali necessari in una forma di governo democratico, nel diritto inglese si preferisce parlare di “**libertà**”, perché il loro esercizio da parte dei cittadini è libero da restrizioni e tale rimane finché la legge lo permette.

Il Jennings fa addirittura un paragone tra la libertà di assemblea e la libertà di legarsi i lacci di una scarpa; ambedue sono azioni legalmente possibili, non perché esiste un diritto di assemblea così come non esiste un diritto di allacciarmi una scarpa, ma perché non esistono leggi che mi proibiscono a priori compiere quelle attività.

Con questo, naturalmente, non si vuole eliminare la differenza di valore tra le due libertà esemplificate, la similitudine è solo nel metodo di indagine sulla legalità delle azioni umane e cioè quel principio tautologico secondo il quale qualcosa è legale se non è illegale⁶⁴.

Per il resto, i valori affermati, per esempio, dalle due dichiarazioni di diritti più famose, “La dichiarazione dei diritti dell’uomo” del 1789 e “La dichiarazione

⁶⁴ Jennings, op., cit. pag.262.

americana di indipendenza” del 1776, sono valori che derivano dalla tradizione giuridico-politica inglese stessa, soprattutto dagli scritti di John Locke, e sono intesi come non solo necessari, ma anche impliciti in un governo libero e democratico.⁶⁵

Il principio generale vigente nel campo delle libertà in Inghilterra è “il diritto di libertà personale”.

Esso è la diretta emanazione del principio ricordato prima dell’illegalità degli atti illegali.

Include tutte le possibili manifestazioni di libertà dei cittadini, i cosiddetti “diritti” di manifestazione del pensiero, di associazione, di assemblea, etc.

Questo principio fondamentale afferma che un uomo non può essere privato di tutte queste attività proprie della sua condizione fondamentale di libertà a meno che egli, agendo in quel modo, violi una legge.

Il principio di libertà personale è il genere di cui le singole manifestazioni sono le specie.

Per conoscere la natura delle libertà in ogni singolo caso si devono esaminare le restrizioni imposte dalla legge riguardo a quella particolare attività umana⁶⁶.

⁶⁵ Ibidem pag. 263.

Il punto di vista è diverso, invece, quando i “diritti” sono affermati da Costituzioni scritte perché esse governano le restrizioni legislative; e quelle restrizioni che si scontrassero radicalmente contro i diritti, sarebbero considerate leggi invalide.

Naturalmente queste considerazioni non tengono conto dei possibili sviluppi del diritto inglese nel campo del diritto comunitario, alcuni di queste già molto importanti,⁶⁷ e della recente introduzione nel diritto interno della “Convenzione europea sui diritti dell’uomo”⁶⁸.

Emersione del nuovo approccio ai diritti fondamentali: profili storici

Con le due costituzioni del 1922, e del 1937, in Irlanda i cittadini passano quindi da una condizione di “libertà negativa” ad un’altra dove questa si trova limitata e trasformata in una serie di disposizioni sui diritti fondamentali.

Il fatto che secondo la tradizione giuridica inglese non ci fosse bisogno di esplicitare formalmente quei “diritti” che tutti i cittadini inglesi, compresi gli irlandesi, già detenevano, causò, comprensibilmente, gravi problemi giuridici ai

⁶⁶ Ibidem pag.264.

⁶⁷ vedi sentenza *Factortame Ltd v Secretary of state for Transport*(1990) 2 ac 85

⁶⁸ avvenuta con il *Human Rights Act* del 1998.

sudditi di Sua Maestà fin da quando sorse il problema di concedere l'indipendenza all'Irlanda⁶⁹.

Infatti la lotta per la nascita dello Stato Irlandese, che coprì molti secoli, non produsse di per sé un'indipendenza conquistata autonomamente, ma ebbe bisogno di concessioni costituzionali da parte della Gran Bretagna.

Come si è visto nel capitolo precedente, ci furono tre tentativi nel Parlamento di Westminster di varare una legge che riconoscesse autonomia all'Isola detti "*Home Rule Bills*" e ci volle un trattato Anglo-Irlandese nel 1921 per il riconoscimento finale.

Ebbene, come Ronan Keane dimostra in un suo saggio⁷⁰, gli sforzi per una affermazione solenne e innovativa dei diritti presenti nella Costituzione del 1922 partirono dai dibattiti svolti per il varo dei tre *Home Rule Bills*.

Di queste proposte di legge solo l'ultima divenne legge dello Stato ma soprattutto la seconda, del 1893, è quella che mostra chiaramente l'evoluzione del pensiero giuridico riguardo al problema oggetto di questa tesi: seguirò quindi le diverse posizioni emerse nel dibattito del II *Home Rule Bill* per evidenziarne la novità rispetto alla cultura giuridica del tempo.

Esso conteneva insieme a previsioni riguardanti la libertà di religione e l'educazione, un'altra importantissima detta "*Due Process Clause*", centrale per il tema dei diritti fondamentali.

⁶⁹ Ronan Keane, "*The Fundamental rights in Irish law. A note on the Historical Background*" in "*Human rights and Constitutional law*" O'Reilly ed. Round Hall Press, Dublin, 1992.

Era una proibizione indirizzata al nuovo parlamento irlandese di emanare leggi: ...per cui una persona possa essere privata della vita, libertà o proprietà senza un giusto procedimento legale (Due process of law), o gli possa essere negata l'eguale protezione delle leggi, o per cui la proprietà privata possa essere espropriata senza una giusta compensazione.

Si voleva tutelare infatti soprattutto la minoranza protestante contro le eventuali discriminazioni che avrebbero potuto colpirla, visto che veniva a far parte di un paese in cui la maggioranza dei cittadini era di fede cattolica⁷¹. La maggioranza liberale a Westminster pensava con questa clausola di allontanarne le paure.

La paura di un trattamento discriminatorio era però con forza affermata dai conservatori unionisti guidati da Randolph Churchill (padre di Winston) il quale, opponendosi per principio all'indipendenza dell'Irlanda, contestò l'efficacia della legge in discussione riguardo alla sua capacità di protezione delle libertà civili e religiose dei cittadini.

L'avvocato generale, Sir John Rigby, ne rivendicò il valore di garanzia facendo riferimento proprio alla clausola citata:

...una clausola simile fu introdotta nella Costituzione degli Stati Uniti e dopo la disastrosa guerra civile...la stessa clausola, in un'altra forma, fu introdotta come emendamento alla Costituzione con lo scopo di

⁷⁰ Ronan Keane, op.cit.

⁷¹ Joseph Jaconelli, *Human Rights guarantees and Irish Home Rule*, II 1990-92 pag.180.

*prevenire gli Stati dall'attaccare le libertà civili e religiose dei loro cittadini.*⁷²

L'avvocato Generale, quindi, come anche sottolinea Ronan Keane nel suo saggio, si trovò a dover affrontare il problema centrale: che cosa significa “giusto procedimento”. “*Per quanto riguarda il ‘giusto procedimento’*”, disse, “*si deve far ricorso al Common Law inglese*”. Per “*giusta compensazione*”, si dovrebbe intendere che è “*illegale e nulla*” ogni legge “*che infrange i precetti fondamentali di giustizia nel garantire la compensazione*”.

Tutto ciò, aveva uno strano suono alle orecchie di giuristi abituati ai concetti Austiniani e Benthamiani della sovranità del Parlamento come testimonia questo veloce scambio di opinioni⁷³ tra, appunto, l'Avvocato Generale e uno dei maggiori giuristi del tempo:

Sir Edward Clarke: “Chi è che decide ciò?”

L'Avvocato Generale: “Le Corti di Giustizia decideranno come decidono nell'interpretazione di ogni legge del Parlamento.”

Sir Edward Clarke: “Ma non della giustizia di esse.”

L'Avvocato Generale: “La giustizia sarà determinata dai principi del diritto inglese.”

In questa opera di difficile difesa di non familiari nozioni giuridiche, insieme all'Avvocato Generale e al più celebre collega il Procuratore Generale Sir Charles

⁷² Dibattito sulla seconda lettura del “*Government of Ireland Bill*”, 1893(III Home Rule Bill) IX Parl. Deb.(Series IV), col III

Russell, fu proprio il capo del Governo, Gladstone, che intervenne nel dibattito affermando la diretta discendenza di questa clausola dalla Magna Carta, aggiungendo su questo punto l'autorità di Coke. *“La frase (“due process”) fu utilizzata per prima da Lord Coke ed è una traduzione autentica di una frase presente nella Magna Carta”.*

Russell fece eco alle parole di Gladstone e dell'avvocato Generale riguardo all' *“antica storia di questa clausola nel diritto inglese”*. *“Giusto procedimento”* è la traduzione del Coke per le parole della Magna Carta, *“per legem terrae”*.

Egli suggerì che il *“Giusto procedimento”* sarebbe osservato quando:

Un procedimento segua i principi stabiliti della procedura giudiziaria, o quando un tale procedimento seguisse i precedenti applicabili a una tale materia

Per esempio l' *“Habeas Corpus act”* potrebbe essere sospeso dal Parlamento irlandese solo in casi in cui *“secondo uno stabilito precedente, ci fosse un'emergenza o uno stato di circostanze tali che giustificino l'azione.”*

Se queste condizioni fossero da riscontrare nel caso concreto ciò starebbe alla prudenza delle Corti.

Un membro citò le famose parole di Daniel Webster della Suprema Corte Americana come una possibile definizione del *“giusto procedimento”*:

una legge che ascolti prima di condannare, che proceda su indagini e che permetta un giudizio solo dopo un processo...

⁷³ Ronan Keane, op.cit.

I conservatori però continuarono a dimostrare scetticismo sul valore che questa previsione poteva avere.

George Wyndham presentò un altro emendamento che cercava di restringere la portata innovativa della clausola confinandola nei parametri giuridici tradizionali.

Esso prevedeva l'aggiunta dopo le parole "giusto procedimento" delle parole":

Dando non meno sicurezza di quella data dal Common Law o da altri atti del Parlamento.

Altri deputati interpretavano la "*Due process Clause*" come riferentesi alle leggi esistenti al momento della sua applicazione al caso concreto, le quali leggi, quindi, avrebbero indicato cosa è un giusto procedimento senza essere in alcun modo condizionate dall'espressione stessa.

Argomento questo che, mentre fu rigettato con sprezzanti parole da Charles Russel, aprì un tema che avrebbe dominato la giurisprudenza irlandese per molto tempo.

La previsione, infine, passò con l'emendamento proposto da Gerald Balfour (fratello del capo dell'opposizione conservatrice):

... secondo i principi stabiliti e i precedenti

Emendamento che suscitò le ire dei deputati irlandesi che vedevano così fortemente minacciata la loro neonata indipendenza.

Il secondo "*Home Rule Bill*" però, fu bocciato dalla camera dai Lords, e quando fu proposto e approvato il terzo dai liberali e laburisti nel 1914, non conteneva più quell'importante riferimento al "*Due Process*" come limite al godimento dei diritti personali, per cui tanti si erano battuti precedentemente.

Fu visto come “*pieno di ambiguità e fonte di troppi liti giudiziarie*” e pericoloso per “*i progressivi elementi politici che susciterebbe nell’amministrazione della giustizia come si vede sperimentando sempre di più negli Stati Uniti per opera della Corte Suprema americana*”⁷⁴.

E’ un interessante esempio della freddezza con la quale sia la destra sia la sinistra in Inghilterra hanno sempre reagito alle proposte riguardanti una Costituzione scritta e che è stata riflessa fino ad oggi nell’ostilità a radicare la Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo nel sistema giuridico dello Stato⁷⁵, la quale è stata recepita solo nel 1998.

Il dibattito sull’*Home Rule Bill* illustra, quindi, chiaramente il tradizionale dilemma inglese nella scrittura della garanzie dei diritti umani: quello di scegliere le parole ad un livello tale da procurare una protezione uguale, se non maggiore, a quella offerta dal combinato operare del *common law* e delle leggi inglesi, senza però risultare in un vuoto di significato data l’astrattezza connessa a questo tipo di operazioni.⁷⁶

La “*Due Process Clause*” nelle due Costituzioni

Quella fondamentale clausola che affermava i diritti personali del cittadino e la possibilità di una loro limitazione ragionevole e finalizzata al bene comune, entrò

⁷⁴ 42 Hc debates, col 2086

⁷⁵ Ronan Keane, op.cit. pag.33.

⁷⁶ Jaconelli, op.,cit. pag.190.

successivamente a far parte delle due Costituzioni dell'Irlanda libera, le quali con delle modifiche la resero operante per i vari diritti da esse riconosciuti.

In quella del 1922 appare ad esempio nell'art.6:

La libertà della persona è inviolabile, e nessuno potrà esserne privato se non secondo diritto (in accordance with law).

Nella Costituzione del 1937 la ritroviamo nell'art. 40.4 che recita:

nessun cittadino potrà essere privato della propria libertà se non secondo diritto (in accordance with law).

Ma soprattutto durante la vigenza della prima, si riscontrò quell'atteggiamento di diffidenza verso previsioni aperte che inducono l'interprete ad ispirarsi a criteri di giustizia e a sceglierli come guida nella sua opera interpretativa.

Può essere citata come esempio, la sentenza *The State (Ryan)v Lennon*⁷⁷ del 1935 dove il giudice FitzGibbon abbracciò senza apparente difficoltà l'argomento che Sir Charles Russell nel 1893 definì così assurdo che nessun tribunale avrebbe accolto.

⁷⁷ (1935) IR 170

Trattando della costituzionalità di una legge che negava la garanzia che nessun uomo poteva essere privato della libertà se non secondo la legge (*in accordance with law*) e che disattendeva ogni canone accettato di giustizia penale, disse:

Quando una Costituzione dichiara che la libertà deve essere inviolabile ma poi continua dicendo che nessuna persona deve essere privata della sua libertà se non secondo la legge (in accordance with law), allora se esiste una legge che permette di imprigionare un cittadino indefinitamente con una lettre de cachet firmata da un ministro...il cittadino è privato della sua libertà 'inviolabile', ma siccome la privazione è avvenuta secondo la legge, egli è privo di riparazione come sarebbe stato sotto il regime dei Borboni napoletani.

Questo atteggiamento strettamente positivistico venne in seguito criticato più volte dalla giurisprudenza irlandese successiva fino ad essere superato.

Uno degli argomenti di critica trovò la sua origine proprio nella stessa sentenza *State V. Lennon*, nell'opinione dissenziente del giudice Kennedy.

Egli si riferì infatti ad un parametro esterno secondo il quale “*in accordance with law*” dovrebbe essere testato, che era in opposizione con la tradizionale giurisprudenza inglese ancor più di quanto non lo fossero stati gli argomenti presentati nel dibattito analizzato del 1893: il diritto naturale.

Inaugurando un tema che sarebbe stato centrale nel diritto irlandese, soprattutto sotto la vigenza della seconda Costituzione (e di cui parlerò ampiamente in seguito), e sottolineando i principi dell'art. 2 che dichiarava che ogni autorità legislativa deriva al popolo da Dio, il giudice Kennedy disse:

Da ciò sembra chiaro che se ogni legge del Parlamento (Oireachtas) (incluso ogni emendamento costituzionale) dovesse offendere quella ultima Sorgente dalla quale l'autorità legislativa è giunta attraverso il Popolo al Parlamento, come per esempio se fosse contraria al Diritto Naturale, tale legge sarebbe necessariamente invalida, nulla e assolutamente inoperativa ... Io trovo impossibile riconciliare con il Diritto Naturale il concedere a tre militari il potere esecutivo di imporre come punizione per un reato ... la pena di morte quand'anche queste tre persone siano dell'opinione che ciò sia conveniente.

Sei anni dopo, il giudice Gavan Duffy nella sentenza *The State(Burke) v. Lennon*⁷⁸, ribadì ancora che le parole “*in accordance with law*” presenti nell'Art.40.4.1 della nuova Costituzione, le quali permettono che una legge possa restringere i diritti di libertà dei cittadini, fanno riferimento comunque all'esistenza di un ordine legale superiore.

Ma, diversamente da Kennedy, egli pensava che esso dovesse trovarsi nei principi accettati di giustizia penale del vigente sistema Anglo-americano piuttosto che nel diritto naturale.

In particolare egli citò le stesse parole di Daniel Webster che erano state ricordate nella Camera dei Comuni nel 1893: ‘*la parola legge (law) significa una*

⁷⁸ (1940) IR 136.

*legge che ascolta prima di condannare che procede su prove e rende giudizi solo dopo un processo*⁷⁹.

La norma costituzionale non può autorizzare quindi una eventuale legge a negare totalmente i diritti fondamentali; impone invece che questa rispetti quei “*principi supremi*” che fondano il sistema anglo-americano.

Le due differenti strade intraprese da Kennedy e da Duffy furono quelle che, seppur con il ritorno di alcune sentenze legalistiche, si divisero prevalentemente, come si vedrà, il campo nella giurisprudenza irlandese successiva.

Naturalmente affrontarono opinioni critiche e contrarie riguardo al pericolo di deragliare verso interpretazioni politiche che si opporrebbero al principio democratico e a quello di separazione dei poteri, però portarono a conclusione il dibattito iniziato nell’”*Home Rule Bill act*” del 1893.

La ‘*Due process clause*’ che richiedeva una qualche forma di parametro esterno con il quale si potesse determinare, in termini costituzionali, la giustezza della legislazione, ha finalmente trovato un punto fermo nel diritto Irlandese.

Fino ad ora ho trattato del contesto culturale e storico dei diritti fondamentali di tradizione liberale e democratica, gli unici presenti nella Costituzione del 1922, come la libertà individuale l’inviolabilità del domicilio la libertà di parola e di espressione.

A questi, nella Costituzione del 1937, se ne aggiungono altri che, invece, come si vedrà nel prossimo capitolo, hanno una diversa storia e background culturale.

⁷⁹ Ronan Keane, op. cit.

Capitolo Terzo

I Diritti Fondamentali nella Costituzione del 1937

Nel precedente capitolo si è trattato della genesi costituzionale del sistema di diritti fondamentali in Irlanda che ha rappresentato una forte novità all'interno della tradizione giuridica inglese.

Si trattava dell'affermazione dei soli diritti personali nati dalla tradizione liberale occidentale e che attraverso la prima Costituzione sono giunti nella seconda: tali sono la libertà personale, quella di religione, la libertà di associazione, di manifestazione del pensiero, l'inviolabilità del domicilio, il diritto di voto.

Nella Costituzione del 1937, oltre a quelli, altri diritti vengono affermati, diritti che provengono da un'altra tradizione: quella del diritto naturale; tali sono la posizione speciale riservata alla famiglia, l'educazione dei figli come diritto "inalienabile" dei genitori, la proprietà privata come "diritto naturale" ma sottoposto a norme di giustizia sociale.

Si può infatti asserire che i diritti garantiti dalla nuova Costituzione irlandese riflettono due teorie sui diritti fondamentali⁸⁰.

Una, quella storica, che guarda all'evoluzione del concetto dei diritti umani per determinare quali debbano essere garantiti.

Gli autori della prima e poi della seconda Costituzione si erano formati nella tradizione inglese e in tutte le idee che in essa si esprimevano sulle libertà dei cittadini;⁸¹ inoltre avevano bene in mente gli esempi della dichiarazione di indipendenza americana e il *Bill of Rights* annesso alla Costituzione, così come la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo" francese e i testi di varie costituzioni europee e contemporanee⁸², e, a tutte queste tradizioni, si rivolgevano per l'individuazione dei diritti da garantire.

L'altra teoria è invece quella del diritto naturale sia nella sua versione teocratica derivante dalla filosofia scolastica sia in quella laica del pensiero moderno; a questa teoria, i padri della Costituzione del 1937, come vedremo, si sono ispirati nella stesura di alcune parti del documento compresi alcuni diritti fondamentali⁸³.

⁸⁰ Vedi ad es. Micheal Forde, *Constitutional law of Ireland*, Mercier Press Dublin, 1987, pag. 259

⁸¹ Micheal Forde, op. cit., pag. 238, vedi anche Macneill, *Studies in the Constitution of the Irish Free State*, Dublin, 1925 pag. 36, Kelly, *Fundamental rights and the Irish Constitution*, in De Valera's Constitution and ours, ed. by Brian Farrell, Gill & Macmillan, Dublin (1988), pag. 165 Basil Chubb, *The Constitution and Constitutional change in Ireland*, Institute of Public Administration, Dublin, 1978, pag. 13.

⁸² Vedi lo stesso Forde pag. 238, vedi anche, O'Higgins, *The Constitution and the Citizen*, in Essays in memory of Alexis FitzGerald, ed. by Patrick Lynch, Incorporated law society of Ireland, Dublin 1987, pag. 124.

⁸³ Forde, op. cit. pag. 261, vedi anche Declan Costello, *The Natural Law, the Constitution, and the Courts*, in Essays, pag. 110, Walsh, *The Constitution and constitutional rights*, in Constitution of Ireland 37-87 by Litton Institute of Public Administration, 1988, pag. 90.

Esaminerò, in questo capitolo, singolarmente le due tradizioni culturali con riferimento ai diritti che rispettivamente da esse sono maggiormente influenzate.

Prima però dedicherò alcune riflessioni ad un altro tema molto importante e apparentemente contraddittorio: perché in Irlanda, dove si è comunque seguita la tradizione di libertà fondamentali che deriva dalla cultura inglese, ci si è voluti distaccare dal principio cardine del diritto costituzionale inglese cioè quello della “Sovranità del Parlamento”, e si è passati ad un’affermazione solenne dei diritti fondamentali seguendo l’esempio della tradizione continentale e americana?.

Dalla Sovranità del Parlamento ai diritti fondamentali

Prima del 1922 in Irlanda, l’ordinamento giuridico era sotto il diretto controllo del Parlamento del Regno Unito.

Questa situazione, come evidenziato nel primo capitolo, durava sin dal 1800 quando con l’ *Act of Union* vennero a cessare le funzioni del Parlamento irlandese che esercitava una certa autonomia legislativa.

I principi del *common law* e le leggi del Parlamento di Westminster si applicavano uniformemente nelle due isole, e da essi derivavano anche i diritti e i doveri dei cittadini.

Ciò significa che i singoli diritti erano alla mercé della volontà legislativa britannica e potevano essere legalmente ristretti o addirittura sospesi con un semplice atto del Parlamento che riceveva diretta applicazione anche dalle Corti irlandesi.

In altre parole, il fondamentale principio costituzionale inglese della “Sovranità del Parlamento”, detto anche da Dicey “*Quinn in the Parliament*” era completamente riconosciuto e applicato in Irlanda.

Questa idea di un potere legislativo assoluto che non conosce limiti, aveva avuto uno sviluppo graduale nel corso dei secoli e inizialmente subiva forti opposizioni da parte dei giudici di *common law*.

Nel caso denominato *Dr Bonham* (1610) 8 co.rep., Lord Coke scrisse:

In molti casi il common law può controllare gli atti del Parlamento e a volte giudicarli nulli quando vanno contro il giusto e la ragione, o quando sono impossibili da riconciliare con il common law stesso.

Questa asserita pretesa di un potere insito nel *common law* di controllare gli atti legislativi, era influenzata da considerazioni di diritto naturale o da un concetto di giustizia naturale presenti nelle idee dei giudici dei primi periodi.

In queste considerazioni, oltre al Coke, si espressero lord Hobart in un caso del 1614(*Day v. Savadage* Hob.47) e Lord Holt in *City of London v.*

Wood (1710) 12 Mod.68. Questa, comunque, fu l'ultima espressione da parte delle Corti contro il principio della sovranità parlamentare che otteneva sempre più consensi nella pratica del diritto, tanto che dalla fine del XVIII secolo, i rapporti tra Corti e parlamento erano tali da permettere a Blackstone di dichiarare:

Se il Parlamento volesse emanare qualcosa che fosse irragionevole, non ci sarebbe nessun organo nell'attuale forma costituzionale che sia investito del potere di controllarlo.

e inoltre che un atto del Parlamento fosse:

l'esercizio della più alta autorità che il Regno riconosce sulla terra.

Quando con il trattato del 1921 si creò in Irlanda uno Stato indipendente e sovrano, seppur non completamente autonomo, il principio della sovranità del Parlamento poteva essere riaffermato senza nessun problema nella nuova architettura giuridica statale, tanto più che i giuristi allevati nella cultura inglese non avevano familiarità alcuna con il concetto di Costituzione scritta.

Così non fu; il principio fu completamente rigettato.

Le ragioni sono diverse, e possiamo menzionare solo le più importanti.

Innanzitutto, avere una Costituzione scritta, con la possibilità di controllare la validità delle singole leggi, significava rafforzare e consacrare

l'ottenuta indipendenza in un documento, in modo da distinguersi profondamente dall'Inghilterra, una nazione che non lo possiede.

Inoltre le influenze, che esamineremo, delle esperienze americane e francesi, insieme con il pensiero di teorici della politica, diedero una grande spinta verso il compimento di questo passo.

Ma la ragione più importante, forse, è data dal fatto che la reazione contro secoli di dominazione politica britannica esigeva un espresso riconoscimento di alcuni diritti fondamentali dei cittadini⁸⁴.

I diritti troppe volte negati ai sudditi irlandesi sono stati uno dei veicoli della dinamica rivoluzionaria⁸⁵.

E' stato detto che la storia delle libertà in Irlanda è un "microcosmo" della stessa storia dell'Irlanda⁸⁶ e a questa dobbiamo guardare per capire le motivazioni di questa scelta radicale.

Sotto la dominazione normanna, per molto tempo, il diritto dei conquistatori non si applicava ai nativi irlandesi che erano lasciati con le proprie tradizioni e il proprio diritto.

La Magna Carta, per esempio, anche se fu solennemente proclamata in Irlanda non offrì i benefici agli Irlandesi.

⁸⁴ Francis X. Beytagh, *Individual rights, judicial review and written constitution*, in Human Rights and constitutional law, ed. By O'Reilly, Round Hall Press, Dublin 1992

⁸⁵ Macneill, *Studies in the constitution of the Irish Free State*, Dublin 1925.

⁸⁶ Kohn Leo, *The Constitution of the Irish Free State*, London 1932, pag.129.

Per secoli un irlandese non ha avuto il diritto di intentare un'azione giudiziaria nel suo paese contro un inglese⁸⁷.

Dopo la guerra civile inglese del XVII secolo tra la corona e il Parlamento, nessuna delle grandi libertà riconosciute furono estese all'Irlanda.

Anche se nel 1692, il primo Parlamento irlandese dopo la *Revolution*, trasmise in Inghilterra il progetto di una legge che conteneva le Previsioni di un *Bill of Rights* simili a quello inglese, esso rimase bloccato a Westminster e non tornò più in Irlanda⁸⁸.

Ogni concessione del genere sembrava, infatti, incompatibile con lo stato di "dipendenza"⁸⁹.

Lo stesso destino ebbe un progetto di legge che intendeva estendere l'*Habeas Corpus* all'isola. Fu approvato finalmente dal Parlamento inglese nel 1782, più di un secolo dopo quello originale inglese; successivamente, però, fu più volte sospeso.

Dopo l'unione giuridica tra le due isole, invece di estendere all'Irlanda le libertà dei cittadini inglesi, si produssero nuove restrizioni; non solo si sospese, a volte per molti anni, l' *Habeas corpus*, ma anche i più elementari

⁸⁷ Kohn, op. cit., pag.129.

⁸⁸ W.N.Osborough, *The Failure to enact an Irish Bill of Rights: A Gap in Irish Constitutional History*, II 98, pag.394.

⁸⁹ Osborough, op. cit.

diritti civili: il processo tramite la giuria, il diritto di manifestazioni pubbliche e la libertà di stampa potevano essere annullati con decisione dell'Esecutivo.

In conclusione fino alla nascita dello Stato irlandese la “*parliamentary majority rule*” ha dato prova in Irlanda di un efficace strumento per la restrizione delle libertà⁹⁰.

Alla luce dell'esperienza storica, appare, quindi, chiaro il perché dell'incorporazione delle garanzie per la protezione della libertà individuale nella legge organica del nuovo stato.

Quei diritti e quelle libertà derivanti dal *common law* e dalle leggi, in cui anche gli irlandesi credevano, furono inserite in Costituzione per preservarle da atti sconsiderati del parlamento e per assicurarne il godimento a tutti i cittadini.

Fondamento culturale dei diritti “personali”

I diritti “personali”, quelli basati sulla teoria liberale e individualista e che abbiamo visto nascere già dai tentativi di “*Home Rule*” della fine del XIX secolo, si fondano principalmente sulla tradizione inglese⁹¹ nella quale gli

⁹⁰ Kohn, op.cit., 130.

⁹¹ Chubb, op.cit., pag.13, vedi anche Forde, Macneill e Kohn nelle opere citate.

autori della Costituzione del 1937 erano nati e che, insieme ad altri strumenti culturali, utilizzarono nella stesura del documento.

Riprenderò, quindi, in modo più specifico, l'analisi del concetto inglese di questi diritti e libertà di cui ho già trattato gli aspetti teorici e l'analisi degli altri strumenti culturali della teoria liberale ed esaminerò infine le singole disposizioni costituzionali influenzate da tale tradizione.

I Diritti degli inglesi

I Normanni, dall'invasione dell'Inghilterra iniziata dopo la battaglia di Hastings del 1066, estesero ben presto il loro dominio su tutto il territorio dell'isola e vi istituirono un complicato sistema feudale⁹².

I rapporti fra i re ed i baroni, grandi proprietari terrieri, si complicarono quando il re Giovanni Senza Terra volle limitare il potere dei secondi.

Questi riuscirono ad organizzare un movimento popolare contrario al re e lo costrinsero ad un'importantissima concessione: la *Magna Charta*.

Senza esagerare, essa si può descrivere come il primo e fondamentale documento del mondo occidentale in materia di diritti fondamentali⁹³.

⁹² Vedi F.W.Maitland, *The Constitutional History of England*, (rep.1931)

⁹³ Vedi generalmente J.C.Holt, *Magna Carta*, 1965.

Certamente però non è un documento dello stesso stile dei suoi discendenti moderni; esso riguarda più la garanzia del diritto già esistente che la creazione di nuovo; e soprattutto è più un compromesso tra rivoluzionari e l'esistente élite al potere, che il riconoscimento di diritti di ogni singolo suddito⁹⁴.

Molte previsioni, infatti, erano state “strappate” al re per prevenire in futuro gli abusi del passato che consistevano nella non applicazione uniforme delle norme che egli stesso aveva creato.

Un grande storico inglese, il Maitland, così scrive della Magna Carta:

La prima cosa che stupisce è che è un documento molto lungo, ed è minuzioso e dettagliato. E' volutamente pratico. Non è una dichiarazione in termini generali dei diritti degli inglesi, ancora meno dei diritti dell'uomo; passa attraverso le esigenze del tempo e, ad una ad una, promette riparazione... In molti casi la legge che stabilisce non è una nuova legge. Rappresenta la pratica del regno dei Enrico II. La richiesta non è che la legge debba essere modificata ma che debba essere osservata, e, in particolare, osservata dal Re.

Tra i temi che si ritrovano anche nelle moderne dichiarazioni dei diritti, ci sono previsioni riguardanti la libertà religiosa (*‘Che la Chiesa inglese sia libera ed abbia le sue libertà e diritti inviolati’*), autonomia personale (*‘nessuna*

⁹⁴ Forde, op. cit. pag. 238.

vedova sia forzata a sposarsi'), verdetto con giuria ('nessun uomo libero sia imprigionato...eccetto dopo un legittimo giudizio dei suoi pari e secondo la legge').

Il Bill of Rights del 1689 conteneva i principi secondo i quali doveva essere governato il regno dopo la 'Revolution' del Parlamento contro l'assolutismo degli Stuart⁹⁵.

Venne emanato in concomitanza con la consegna del trono alla dinastia degli Orange, nella persona del principe William, dopo che il trono stesso era stato tolto a James II ed era stato dichiarato vacante.

Il documento parla degli abusi perpetrati dai re e recita che il nuovo re non permetterà il loro ripetersi e che saranno assicurati il godimento di diritti e libertà.

Il *Bill of Rights* ha più elementi in comune con i moderni strumenti di tutela dei diritti individuali di quante ne aveva la Magna Carta.

Contiene garanzie per esempio di legalità (contro le sospensioni delle leggi e le dispense governative), libertà (contro le eccessive cauzioni), e contro 'punizioni crudeli e degradanti'.

Anche per questo documento si ripetono però, da parte degli studiosi inglesi, le stesse considerazioni viste per la *Magna Carta*; il professor Freeman, infatti, in uno scritto del 1865⁹⁶, afferma:

⁹⁵ Vedi generalmente J. Gough, *Fundamental law in English Constitutional History*, (1955)

(esso)... non ha apportato nulla di nuovo nel diritto. Ha solo rafforzato, e con una nuova chiarezza, quei diritti che gli inglesi già possedevano precedentemente.

Quando in Europa negli ultimi 200 anni fiorirono le stesure di testi costituzionali che comprendevano disposizioni sui diritti fondamentali, in Inghilterra pur esistendo alcune manifestazioni di interesse verso quelle esperienze, i più influenti commentatori inveirono contro i tentativi di inserire nel diritto inglese quelle dichiarazioni di stile Francese-americano.

Edmund Burke un conservatore dalle origini irlandesi, tuonò contro la Rivoluzione francese e contro la sua dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino⁹⁷.

Il filosofo utilitarista Bentham descrisse la dichiarazione del 1789 come 'fallacia anarchica'⁹⁸.

Sono famose le "crociate intellettuali" del professor Dicey a difesa dello stile inglese della *Rule of Law*; il Dicey si oppose anche, a più riprese, contro i vari *Home Rules* irlandesi che non a caso tentavano di superarlo.

Egli descrisse così le differenze tra lo stile inglese e quello continentale nella protezione dei diritti:

⁹⁶ Freeman, *Growth of the English Constitution*, pag.56-67

⁹⁷ Burke, *Reflections on the revolution in France*, 1790

⁹⁸ J.Bentham, '*Anarchical fallacies, Being an analysis of the declaration of rights issued in during the French Revolution*', in J.Bowring ed. *The works of J.Bentham*(1962) vol.2

Nella Costituzione inglese i suoi principi generali (come per esempio il diritto di libertà personale, il diritto di incontrarsi pubblicamente) sono il risultato di decisioni giudiziali che determinano i diritti della persona in particolari casi portati davanti alle Corti; mentre in molte costituzioni straniere la sicurezza (se è tale) data ai diritti degli individui risulta, o sembra risultare, dai principi generali della Costituzione.

*Molti legislatori stranieri hanno emanato dichiarazioni di diritti... Il loro lavoro è stato ispirato dalla considerazione che il mostrare principi generali è la propria e naturale funzione del legislatore. Ma una minima conoscenza della storia mostra che i costituzionalisti stranieri, mentre si occupavano di definire i diritti, hanno dato insufficiente attenzione all'assoluta necessità di prevedere adeguati rimedi con i quali i diritti proclamati potevano essere difesi. Nel 1791 si proclamarono la libertà di coscienza, di stampa, di assemblea, la responsabilità dei pubblici ufficiali. Ma non ci fu nessun periodo, in cui tali diritti furono così insicuri come in quello della rivoluzione francese... D'altra parte nella Costituzione Inglese, c'è un'inseparabile connessione tra i mezzi per rendere efficace il diritto ed il diritto stesso... (il sottolineato è mio n.d.r) *In termini di diritto costituzionale, ciò significa che gli Inglesi, il cui lavoro gradualmente costruì quel complicato sistema di leggi e di istituzioni che noi chiamiamo Costituzione, si impegnarono più decisamente nel procurare rimedi per la garanzia di particolari diritti... che in ogni**

possibile dichiarazione dei diritti dell'uomo o degli inglesi. L'Habeas corpus Act non dichiara nessun principio e non definisce nessun diritto, ma è, dal punto di vista pratico, più utile di cento articoli costituzionali che garantiscono la libertà individuale.

I Diritti civili americani

La tesi che il governo non dovrebbe permettere interferenze nei diritti naturali dei cittadini, guadagnò consenso nell'*intelligentia* del XVII secolo e fu propria di famosi filosofi come Locke e Rousseau filosofi del diritto come Blackstone.

Questo fornì la base culturale per le richieste di un governo maggiormente giusto, per governi più rappresentativi, e per la lotta contro l'autocrazia.

In America queste considerazioni furono rese popolare da Tom Paine e furono adottate dai leader rivoluzionari come Jefferson e Madison⁹⁹.

La Costituzione americana del 1787, in verità, si occupava principalmente dei rapporti tra i poteri dello stato e dell'allocatione dei poteri tra stato federale e stati membri. Ma ugualmente conteneva alcune garanzie contro alcuni temuti abusi del potere conferito allo stato federale.

⁹⁹ vedi generalmente B. Balyn, *The ideological Origins of the American Revolution*, 1968

L'art.1 che tratta del potere legislativo federale, prevede infatti tra l'altro:

...Il privilegio del provvedimento di Habeas corpus non sarà sospeso tranne che in caso di ribellione o turbamento della sicurezza pubblica sia necessario.

Che non passi nessuna legge espropriazione o legge penale retroattiva...

L'art.3 dedicato ai poteri delle Corti federali,prevede:

I processi per ogni crimine...saranno con la giuria;e saranno tenuti nello Stato dove i crimini sono stati commessi.

Al momento della ratifica della Costituzione, però, molti Stati espressero come *conditio sine qua non* della ratifica stessa, che il documento contenesse espresse garanzie a tutela dei diritti individuali nei confronti dello Stato Federale che sembrava assommare troppi e illimitati poteri.

Si giunse così nel 1792 alla nascita dei primi dieci Emendamenti, quasi tutti dedicati ai diritti fondamentali.

Una delle prime preoccupazione dei padri fondatori era la libertà ideologica che è l'argomento del primo Emendamento:

Il congresso non emani una legge che stabilisca una religione, o proibisca il libero esercizio della stessa; o violi la libertà di parola o della stampa;o il diritto del popolo di riunirsi pacificamente in assemblea, e di fare petizioni al governo.

Quattro Emendamenti (dal IV al VII) si indirizzano principalmente verso questioni di procedura civile e penale, come il divieto di un secondo procedimento penale per lo stesso reato, il diritto di difesa, il diritto al silenzio.

Il V Emendamento specificamente afferma l'intangibilità della vita e della libertà se non in seguito a *due process of law*; tra l'altro protegge la proprietà privata e garantisce un giusto indennizzo a seguito di l'espropriazione.

Il IX Emendamento contiene la clausola molto discussa, e di cui parlerò nel V capitolo, secondo la quale: *'L'enumerazione in Costituzione di alcuni diritti, non sia interpretata in modo da negare altri diritti già posseduti dai cittadini.'*

L'esistenza della schiavitù negli Stati del sud provocò la guerra civile del 1861-1865 che terminò con la vittoria del governo federale sulla "Confederazione degli Stati del Sud" e si emanarono altri Emendamenti Costituzionali che proibivano la schiavitù e le discriminazioni razziali.

Così il XIII Emendamento vieta la schiavitù e il XIV estende le garanzie del V Emendamento anche contro le leggi dei singoli Stati e garantisce tra l'altro 'ad ogni persona l'eguaglianza delle leggi'. Il XV proibisce discriminazioni di voto sulla base di razza colore e ceto.

Altri diritti sono stati riconosciuti negli ultimi 100 anni come il diritto di voto a suffragio universale.

I Diritti dell'uomo e del cittadino in Francia

La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 nata dalla rivoluzione francese, ha tratto ispirazione dallo stesso clima politico e intellettuale che ha portato al *Bill of Rights* americano.

Strutturalmente e concettualmente, comunque è abbastanza differente dal modello americano il quale si focalizza principalmente sulle libertà ideologiche, diritti di proprietà e specifiche questioni procedurali civili e penali.

La dichiarazione francese invece, è formulata in termini molto più generali, è meno interessata a minuzie procedurali e tenta di disegnare un quadro complessivo dello Stato liberale.

La sua tecnica inoltre è più vicina di quanto lo sia quella del documento americano, ai moderni strumenti di tutela dei diritti umani.

Essa si occupa dei compiti fondamentali dello Stato e li individua nella 'tutela dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo' i quali sono 'libertà, proprietà, sicurezza e resistenza all'oppressione'.

Un principio cardine sul quale tutti i diritti si basano è quello di legalità, secondo il quale tutti i provvedimenti amministrativi devono essere subordinati alla legge.

Un altro principio universale è quello di uguaglianza che afferma che ‘la legge è uguale per tutti e ci deve essere uguaglianza nell’impiego pubblico e nella tassazione’.

La proprietà privata è vista come ‘sacra e inviolabile’ e è protetta contro espropriazioni illegittime e senza indennizzi.

Diritti sociali economici e culturali

Una critica che si muove spesso alle tradizioni esaminate, consiste nel fatto che esse sono espressione della teoria liberale che ha governato incontrastata il concetto dei diritti individuali fino ai primi anni del XX secolo.

La teoria liberale, almeno nella maggior parte dei suoi esponenti e nei prodotti costituzionali ad essa ispirati, si è focalizzata soprattutto su un tipo di diritti fondamentali, quelli cosiddetti personali che attengono al solo individuo e ne proteggono l’autonomia e libertà.¹⁰⁰

Il principio fondamentale per i pensatori liberali è che le aspirazioni dell’individuo devono essere rispettate.

¹⁰⁰ vedi generalmente David Feldman, *Civil liberty and Human Rights in England and in Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1993

Egli deve essere lasciato libero di scegliere il bene per se e di agire nella massima espressione della sua libertà morale¹⁰¹.

Ciò significa che si deve essere liberi dall'interferenza degli altri e dallo Stato stesso, il quale invece deve garantire le libertà minime dei cittadini in modo che possano sviluppare la propria personalità.

Ciò dà la priorità ad alcuni valori rispetto ad altri, sociali ed economici quali il salario minimo, assistenza sanitaria, abitazione, il sussidio di disoccupazione, ecc, valori che invece richiedono l'intervento attivo dello Stato per modificare le condizioni di vita dei cittadini, cosicché tutti possano effettivamente godere dei diritti affermati dal pensiero liberale¹⁰².

Questi nuovi diritti sono principalmente affermati da teorie vicine al pensiero socialista e progressista.

L'affermazione di questi nuovi diritti si riscontra in alcune norme della Costituzione di Weimar, nella legislazione inglese del *Welfare State* degli anni 20, e poi più estesamente nelle costituzioni dei Paesi comunisti.

In Irlanda le disposizioni dei diritti fondamentali, se si escludono quelle sull'educazione dell'art. 42, e sulla proprietà privata che esprimono una marcata attenzione al sociale, trattano principalmente dei diritti di estrazione liberale.

¹⁰¹ Feldman, op. cit. pag.9.

Il nuovo clima culturale dell'inizio del secolo ha invece influenzato l'art. 45 che tratta dei "principi direttivi della Politica Sociale".

Essi sono dichiarati fuori dalla competenza giurisdizionale delle Corti e servono solo al parlamento per orientarne l'azione politica.

Una così strana limitazione del lavoro delle Corti era già contenuta nella Costituzione spagnola del 1931 e fu introdotta seguendo l'esempio irlandese nelle costituzioni di India e Pakistan.

L'articolo afferma che lo Stato deve promuovere il benessere di tutti *'assicurando e proteggendo un ordine sociale nel quale la giustizia e la carità informino tutte le istituzioni'*.

E' affermato il diritto ad una retribuzione sufficiente per i propri bisogni domestici, il dovere di perseguire il benessere dei più deboli, e il diritto di non essere forzati ad intraprendere un lavoro non adeguato alla persona.

Malgrado questi diritti non siano contestabili in giudizio, in tempi recenti una giurisprudenza sempre più frequente ha riconosciuto la possibilità di ispirarsi a tali previsioni nel riconoscere nuovi diritti ai cittadini nel campo di quelli che vedremo si chiamano **unenumerated rights**¹⁰³.

¹⁰² ibidem pag. 11.

¹⁰³ Chubb, op. cit. pag 49.

Disposizioni costituzionali

Eguaglianza e non discriminazione

L'art. 40.1 si occupa del principio fondamentale della tradizione liberale: quello dell'uguaglianza tra gli uomini

Esso dichiara:

Tutti i cittadini, in quanto esseri umani, devono essere trattati in modo eguale di fronte alla legge. Ciò non significa che lo Stato non possa avere nelle sue leggi il dovuto riguardo alle differenze di capacità fisiche e morali e di funzione sociale.

L'applicazione della clausola di eguaglianza in Irlanda è stata intesa in modo piuttosto restrittivo.

Nell'articolo citato infatti si fa riferimento ai cittadini "in quanto esseri umani" e questa espressione è stata interpretata come riferentesi alle sole caratteristiche essenziali della personalità umana cioè quegli attributi che lo fanno considerare un essere umano e, solamente rispetto a questi essenziali elementi, tutti i cittadini devono essere trattati in modo eguale.

Differenze che quindi ci possono essere tra gli uomini in quanto proprietari terrieri, per esempio non rilevano riguardo alla parità di trattamento nella materia di imposizione fiscale immobiliare.¹⁰⁴

Le Corti però non hanno mai specificato quali siano tali caratteristiche essenziali della personalità umana.

Esse inoltre hanno individuato le leggi che violano il concetto di eguaglianza come quelle che comportano “odiose, arbitrarie e gratuite discriminazioni”¹⁰⁵.

Un test per determinare l’offensività delle leggi contro l’eguaglianza può essere quello delineato dal giudice Walsh nella sentenza Quinn’s Supermarket Ltd A.G.¹⁰⁶

Nella sentenza egli affermò:

Questa previsione non è una garanzia di assoluta eguaglianza per tutti i cittadini e in tutte le circostanze ma è una garanzia di uguaglianza come persone umane correlata alla loro dignità di esseri umani e una garanzia contro le ineguaglianze fondate su un’opinione, o un credo che alcuni individui o classi di individui, a cagione dei loro umani attributi, o entici o razziali, o posizione religiosa o sociale, devono essere trattati come inferiori o superiori agli altri individui nella comunità. Questa lista non pretende di essere completa, ma voleva solo illustrare che questa garanzia si

¹⁰⁴ Vedi sentenza *Brennan v. Attorney General* (1984)ILRM 335

¹⁰⁵ de *Burka v Attorney General* (1976) IR 38 pag 68.

¹⁰⁶ (1972) IR 1.

riferisce alle persone per quello che sono in sé stesse, non nelle attività, negozi o occupazioni che intendano perseguire.

A causa del riferimento alla “persona umana” è stato sostenuto che le persone giuridiche e altre artificiali entità non possano pretendere diritti sulla base di quest’articolo.

Nella seconda parte dell’art.40.1 si fa riferimento al concetto di eguaglianza materiale o sostanziale e cioè un’eguaglianza che guardi le differenze che esistono materialmente tra le persone e che si comporti di conseguenza trattando persone che sono nelle stesse circostanze in modo uguale, e persone che invece non lo sono, in modo ragionevolmente diseguale.

Il giudice Walsh ritiene, quindi, che trattare le persone in modo differente è vietato eccetto quando tale trattamento riflette differenze in capacità fisiche, morali, o funzione sociale, o quando qualche altro principio costituzionale giustifica tali trattamenti differenti.

Nella sentenza O’B. v S.¹⁰⁷ egli chiarisce il modo in cui le Corti devono valutare le leggi che vanno contro l’art.40.1:

...le distinzioni o discriminazioni che la legge crea non debbono essere ingiuste, irragionevoli o arbitrarie, e devono essere rilevanti per la legislazione in questione.

¹⁰⁷ (1984) IR 316.

Libertà personale

Il principio centrale dell'idea delle libertà fondamentali imperante nel diritto inglese, quello della "libertà personale", affermato già nella Costituzione del 1922 all'art.6 è entrato a far parte anche della nuova Costituzione nell'art. 40.4 e commi seguenti.

Nonostante la formulazione iniziale dal tenore astratto vicina alle dichiarazioni di diritti continentali¹⁰⁸, nei commi seguenti dell'articolo si ripropone in modo dettagliato la procedura di *habeas corpus*, fondamentale garanzia di libertà nella tradizione giuridica inglese.

Il Dicey sosteneva che le disposizioni procedurali previste nell'Habeas Corpus Act del 1672 erano tanto più importanti di molti altri articoli enunciati da altre costituzioni europee perché esse riuscivano realmente a garantire la libertà dei cittadini mentre la storia insegna che altre roboanti dichiarazioni non godono spesso della stessa effettività nella loro applicazione¹⁰⁹.

In Irlanda, sin dal 1922, si è voluto affermare questa effettività e renderla "intoccabile" in una Costituzione scritta, a differenza del periodo di

¹⁰⁸ Khon, op. cit., pag.131

¹⁰⁹ Dicey, op. cit., pag 236-237.

dominazione inglese in cui, come abbiamo visto, queste garanzie venivano spesso meno.

All'inizio dell'articolo, quindi, si afferma categoricamente e astrattamente:

Nessun cittadino sia privato della sua libertà se non secondo la legge.

E tale disposizione è stata riprodotta con gli stessi termini nell'articolo 40.4.

Quello che poteva essere interpretato come un concedere “carta bianca” al Parlamento nel determinare in concreto l'ampiezza della sfera di libertà concessa ai cittadini, è stato subito chiarito ed inteso dalla giurisprudenza nel senso che ci sono limiti esteriori tratti dalla lettera e dallo spirito della Costituzione, che impediscono una restrizione radicale.¹¹⁰

Non si tratta quindi di un'affermazione formale di protezione della libertà ma, alla luce della Costituzione nel suo insieme, è una garanzia sostanziale e irrinunciabile.

Le Corti hanno letto la disposizione come una conferma della regola di *common law* di presunzione di libertà.

¹¹⁰ Vedi ad es. (1940) IR 136.

Hanno quindi affermato per esempio che si può rifiutare la cauzione per la carcerazione preventiva solo in limitati casi e, comunque, non quando si teme una reiterazione del reato.¹¹¹ Il giudice O'Dálaigh in questa sentenza afferma che la privazione della libertà è una punizione e le punizioni vengono inflitte solo dopo una condanna.

Nel *common law* il rimedio a garanzia della libertà personale contro un arresto, era dato dal procedimento dell'*Habeas corpus* che consiste in un *writ* con il quale si ordina alla persona che detiene un indagato di “*produrre il corpo*” dello stesso davanti alle Corti per far giudicare la legittimità della detenzione.

Un procedimento simile è inserito in Costituzione nell'articolo 40 dal comma 2 al 5, anche se non è specificamente denominato *Habeas corpus*, e va ad integrare la disciplina di *common law* ancora vigente in Irlanda.

La persona detenuta, o un'altra in sua vece, chiede alla Corte di emanare un ordine di rilascio condizionato all'illegittimità dell'arresto.

La Corte ordina la presentazione della persona indagata a colui che la custodisce, per un giorno determinato e una motivazione scritta delle ragioni della detenzione.

L'agente che ha in custodia l'indagato deve giustificarne l'arresto e se non vi riesce la Corte trasforma l'ordine condizionale in assoluto e la persona è rilasciata.

¹¹¹ *People(A.G.) v. O'Callaghan* (1966) IR 501

Inviolabilità del domicilio

La previsione di garanzia dell'inviolabilità del domicilio è redatta nello stile delle dichiarazioni continentali.¹¹²

Questa garanzia è, insieme alla libertà da arresto, la più antica riconosciuta dallo Stato come si nota dalle raccolte giurisprudenziali.¹¹³

Nel diritto inglese, anche se si usa dire che “*la casa di un inglese è il suo castello*”, non è stato elaborato un rimedio specifico come il *writ di Habeas corpus*, utilizzato contro gli arresti ingiustificati.

Si utilizza in questo caso il *writ di trespass*, un rimedio generale sia contro gli atti di organi dell'esecutivo sia contro quelli dei privati.

In Inghilterra, questo diritto è compreso infatti nel principio generale della “libertà personale”.

In Irlanda invece è incorporato nell'art.40.5:

Il domicilio di ogni cittadino è inviolabile e non può essere violato con la forza se non secondo il diritto (in accordance with law).

¹¹² Khon, op. cit., pag.160

¹¹³ Ibidem.

Libertà di associazione

Compreso anche questo nel principio della “libertà personale” nel diritto inglese,¹¹⁴ la libertà di associazione trova tutela nella Costituzione irlandese nell’art. 40.6.1.iii.

Esso è soggetto alle esigenze dell’ordine pubblico e della moralità come il diritto alla espressione del pensiero e quello di assemblea, anch’essi presenti nel medesimo articolo.

Il diritto di associazione nella giurisprudenza è visto come implicante quello alla “dissociazione”.

Il giudice Budd nel caso *Educational Co. of Ireland v. Fitzpatrick* dichiarò:

Io ritengo che secondo la Costituzione un cittadino è libero di aderire o non ad una associazione o un sindacato. In più, il fatto che non può essere privato di questo diritto significa che non può essere costretto ad aderire ad un associazione o sindacato contro la sua volontà.

Questo punto di vista fu affermato quando degli operai organizzarono un picchettaggio per indurre il datore di lavoro a licenziare altri dipendenti che rifiutavano di iscriversi ad un sindacato.

Le Corti però non hanno ancora giudicato sulla costituzionalità delle cosiddette *closed shops*, vale a dire quelle clausole che impongono in un rapporto di lavoro che i dipendenti aderiscano ad un sindacato specifico.

Vi sono varie leggi che vietano la Costituzione di associazioni che siano in contrasto con l'ordine pubblico.

L' *Offence against the State Act* del 1932 vieta associazioni che minaccino l'autorità o la sicurezza dello Stato, mentre *l'Offence against the State (Amendment) Act* del 1972 proibisce ai cittadini l'appartenenza a queste associazioni.

Diritto di assemblea

Il Dicey nella sua opera *Law of the Constitution* afferma:

non si può trovare nessun esempio migliore del modo in cui in Inghilterra la Costituzione sia costruita sui diritti individuali, che nelle regole riguardanti le assemblee pubbliche. Il diritto di assemblea non è niente di più che un risultato di come le Corti intendono la libertà personale e quella di parola.

Nella Costituzione irlandese invece questo diritto acquista autonomia con l'art. 40.6.1 ii.

¹¹⁴ McNeill, op. cit., pag.95.

Esso tutela il diritto di assemblea sempre che i partecipanti siano pacifici e senza armi.

Anche in questo campo si è sottoposti a limiti indirizzati a garantire l'ordine pubblico e la moralità.

Le limitazioni derivano sia da regole di *common law* che sono sopravvissute all'emanazione della Costituzione, sia da leggi adottate sulla base della Costituzione vigente.

In generale si può dire che la Costituzione permette di regolamentare il diritto di assemblea negli stessi termini di quello di associazione.

Che però queste limitazioni siano solo di carattere tecnico lo rivela la previsione: '*Queste regole non devono contenere discriminazioni politiche, religiose o di classe*'.

In questo modo si garantisce che il diritto in questione sia goduto nel modo più ampio possibile senza lasciare spazio a interferenze da parte della politica governativa.

Diritto di manifestazione del pensiero

Il diritto di manifestazione del pensiero è la premessa sulla quale tutti gli altri diritti civili si basano.

Senza di esso, la libertà democratica di scelta dei rappresentanti pubblici non esisterebbe e la libertà religiosa e altre libertà come quella di assemblea perderebbero molto di significato.¹¹⁵

Nel diritto inglese l'idea di libertà di espressione è stata formulata chiaramente nel corso del XIX secolo, nel solito modo "negativo" come si può vedere da questo giudizio di Lord Ellenborough:

Il diritto inglese è un diritto di libertà e coerentemente con questa teoria non abbiamo il cosiddetto imprimatur; non c'è un tale permesso preliminare; ma se un uomo pubblica un elaborato, si espone alle conseguenze penali come ogni altro atto, se illegale.

In Irlanda questo diritto ha ottenuto una "positiva" affermazione nell'art.40.6.1 e una forte difesa da parte della giurisprudenza.

L'art. 40.6.1 (i)riconosce:

Il diritto dei cittadini di esprimere liberamente le proprie convinzioni e opinioni.

Poiché l'educazione della pubblica opinione, comunque, è una materia di così grande importanza per il bene pubblico, lo Stato cerca di assicurare che gli organi della pubblica opinione, la radio, la stampa, il cinema, quando esercitano questo loro diritto, inclusa

¹¹⁵ Nial Fennelly, *The Irish Constitution and freedom of expression*, in constitutional adjudication and constitutional law, essays in honour of Brian Walsh, Dublin, 1992, pag.183.

la critica alla politica del Governo, non siano usati per minare l'ordine pubblico e la moralità o l'Autorità dello Stato.

La pubblicazione di materiale blasfemo, sedizioso o indecente è un reato punibile secondo la legge.

Dalle parole usate nell'articolo è sorto un problema di interpretazione nella giurisprudenza; cioè se la protezione costituzionale si riferisce solo alla libertà di esprimere opinioni o anche fatti e informazioni.

*Il giudice Costello¹¹⁶, ha considerato il diritto di comunicazione di informazioni come uno dei diritti “**non enumerati**” fondati sull'art.40.3.2, mentre solo il diritto di esprimere opinioni e di critica troverebbe il fondamento nell'art. 40.6.1(i).*

Altri invece ritengono che non si possa fare differenza tra fatti e opinioni anche alla luce dei commi successivi dell'articolo in cui si fa riferimento a organi dei mass- media i quali diffondono le notizie nel paese¹¹⁷.

Si ritiene, inoltre, che il diritto di manifestazione del pensiero contenga implicita la garanzia per i cittadini di ottenere le informazioni che provengono dagli altri, altrimenti la sola garanzia di propagare il proprio pensiero perderebbe di significato¹¹⁸; si pensi, infatti, ad uno Stato che pur riconoscendo libertà di stampa, poi acquistasse tutti i giornali in proprio.

Le limitazioni a questo importante diritto sono poste in tre differenti campi: per proteggere l'autorità dello stato, l'ordine pubblico e la moralità.

¹¹⁶ vedi sentenza *Attorney General v Paperlink* (1984)ILMR 373

¹¹⁷ Nial Fennelly, op. cit. pag 186.

¹¹⁸ Brian Doolan, *constitutional law and constitutional rights in Ireland*, Gill&Mcmillan, Dublin, 1994.

Il governo può imporre per esempio un divieto di trasmissione televisiva o radiofonica se i contenuti incitano a compiere reati o minino l'autorità dello Stato, secondo il Broadcasting Authority Act del 1960.

Il potere di censura è largamente discrezionale ma le Corti hanno affermato che non lo si può utilizzare in maniera irragionevole e ingiustificata.¹¹⁹

Esiste una censura preventiva per le opere cinematografiche, cosa di cui chiunque entri in un cinema irlandese si può rendere facilmente conto dal certificato del censore che si proietta sullo schermo all'inizio del film, mentre è successiva per gli altri mezzi di comunicazione.

Fondamento culturale degli altri diritti

L'altra influenza culturale presente nella Costituzione irlandese è stata riconosciuta e più volte rivendicata, nella tradizione del diritto naturale¹²⁰.

La presenza di questa teoria nella Costituzione è, in parte, certamente dovuta, come vari commentatori hanno indicato, all'influenza della Chiesa Cattolica nella vita del paese e nel processo stesso di scrittura del documento.

¹¹⁹ vedi il caso di censura verso esponenti politici dello *Sinn Fein* *The State v Cooney* (1982) IR 337.

¹²⁰ Vedi nota 4.

Sono documentati gli scambi di idee tra De Valera e i suoi collaboratori e le autorità religiose del tempo, non solo quelle cattoliche: soprattutto sono famosi gli incontri di De Valera con padre John Charles McQuaid, poi arcivescovo di Dublino, e le sue letture degli scritti di Cornelius Lucey vescovo di Cork.

Vincent Grogan, uno dei primi commentatori della Costituzione del 1937, ha scritto che gli articoli '40-44 seguono da vicino nella forma e nel contenuto una sintesi dei principi sociali Cattolici nota come il *Codice sociale, preparato dall'International Union of Social Studies, Malines, Belgium*.

Il lavoro, pubblicato nel 1929 fu pubblicamente riconosciuto da Pio IX nella sua Enciclica *Quadragesimo anno*.

L'influenza della religione, non solo Cattolica, è presente in vari articoli, e lo era ancor di più prima di alcune modifiche costituzionali, ma, come vedremo, non è la sola fonte della tradizione del diritto naturale riconosciuta nella Costituzione.

E' possibile, ed è preferita infatti negli ultimi tempi, una lettura degli articoli sui diritti fondamentali alla luce della tradizione secolare razionalista moderna¹²¹ e dei nuovi contributi che in questa direzione danno autori come Dworkin e Finnis¹²².

¹²¹ Chubb, op. cit. pag 41.

¹²² Siobhàn Mullally, *Searching for foundation in Irish Constitutional Law*, II 1998, pag.337.

Un'analisi delle diverse teorie contenute nell'ampia e feconda nozione del diritto naturale sarebbe, in questa sede, un excursus inopportuno ed estremamente difficile, quindi mi riferirò alla teoria che esplicitamente molti autori irlandesi vedono, per vari motivi, direttamente richiamata in Costituzione, cioè quella di S. Tommaso D'Aquino¹²³, e successivamente mi soffermerò su una versione moderna di questa teoria, che non vede come necessaria la presenza dell'elemento divino ma che richiama le idee razionaliste sull'argomento, alla quale preferiscono riferirsi i commentatori contemporanei della Costituzione irlandese.

Il Diritto Naturale in S. Tommaso D'Aquino

Il pensiero di S. Tommaso sul diritto naturale è solo una parte della sua complessa filosofia che riguarda il più generale problema della posizione dell'uomo nell'universo; da questa, dunque, non si può prescindere se si vuole indagare il vero valore che per quest'autore ha il diritto naturale.

¹²³ vedi tra gli altri, Costello, op.cit. pag 110 , Walsh, op. cit. pag 90, Vincent Grogan, *The Constitution and Natural Law*, 8 (1954) Christus rex pag 201, Mark De Blacam, *Justice and Natural law*, II 97 pag325.

Egli è impegnato ad elaborare quello che è stato chiamato “l’umanesimo cristiano” e cioè una valorizzazione dell’uomo nella sua qualità di creatura razionale, nell’ambito della fede cristiana.

Nel periodo medievale, con la sua filosofia, si raggiunse quella “pace tra la fede cristiana ed il mondo esteriore”, necessaria per la Costituzione di una nuova era e un nuovo mondo¹²⁴.

S. Tommaso si batte infatti per un fondamento razionale dell’etica, e in questo modo fornisce le basi per una teoria delle istituzioni politiche civili.

Quello che era considerato un dilemma radicale, tra le istituzioni politiche fondate dall’uomo e quindi cariche della sua natura “corrotta” e la legge di Dio che era invece vista come totalmente trascendente e irreconciliabile con la natura umana, fu finalmente risolto nel senso che la ragione umana può essere da guida ad una istituzione politica che tenda alla giustizia.

Il presupposto del pensiero di S. Tommaso è che il mondo è retto dalla divina provvidenza¹²⁵.

L’intera comunità dell’universo è governata dalla ragione divina che egli chiama *Lex Aeterna*.

Tutte le cose sono da essa regolate e misurate e, da essa, traggono le diverse inclinazioni verso quei fini per i quali sono create.

¹²⁴ A. Passerin D’Entreves, introduzione al diritto naturale, pag.49

¹²⁵ S. Tommaso, *Summa Theologica*, I II, quest. 91 art 1

L'uomo è uno di questi soggetti e quindi anche lui è spinto a raggiungere quei fini che a lui pertengono.

Ma egli, poiché dotato di ragione, diversamente dalle altre cose, “*partecipa*” della ragione divina in un modo particolare: questa partecipazione della legge eterna nell'uomo è chiamata *lex naturalis*.

Essa permette all'uomo di distinguere il bene dal male perché è “*l'impronta della luce divina*” in lui.

Dal pensiero di S.Tommaso emergono soprattutto due aspetti fondamentali che meritano una particolare attenzione in questa sede¹²⁶.

Il primo è dato dalla concezione del diritto naturale come espressione della dignità dell'uomo.

Egli è nel punto d'incontro tra il mondo terrestre e quello divino, è nello stesso tempo suddito di Dio ma anche suo “*cooperatore*” nella provvidenza, perché provvede a sé stesso ed agli altri.

La legge (*lex naturalis*) che governa la sua natura di creatura razionale, comprende le qualità che egli ha in comune con tutti gli esseri viventi e quelle che attengono solo a sé stesso.

¹²⁶ Costello op. cit. pag.110

L'autore indica quindi un complesso di norme concrete che derivano dalle inclinazioni naturali dell'uomo e che derivano tutte dal precetto generale "*fai il bene e fuggi il male*".

L'uomo ha in comune con tutti gli esseri viventi l'istinto di conservazione e la ragione detta quali mezzi sono necessari per preservare la vita umana: questi mezzi sono precetti di diritto naturale.

L'uomo ha in comune altri fini più specifici con gli animali e quindi "*tutto ciò che la natura ha insegnato a tutti gli animali*" pertiene al diritto naturale, come i rapporti sessuali, l'allevamento della prole e simili.

Infine un ultimo gruppo di precetti di Diritto Naturale derivano nell'uomo dalle sue esclusive inclinazioni, come la conoscenza della verità intorno a Dio e il vivere in società.

Questo sistema, in verità, è un sistema di "diritto naturale" non un sistema di "diritti individuali" dei quali l'Aquinate non ha mai trattato; in esso si tratta dei doveri dello Stato più che dei diritti del cittadino¹²⁷, ma è possibile, come conseguenza dei precetti affermati, trarre i corrispondenti diritti, come hanno fatto molti seguaci moderni della filosofia tomistica¹²⁸.

Se per esempio un precetto di diritto naturale è la preservazione della vita si può dire che il diritto individuale di ogni uomo alla vita è un precetto che deriva dal diritto naturale.

¹²⁷ D'Entreves op. cit. pag. 57

¹²⁸ vedi Maritain, *The Rights of man and Natural Law*, (trad. It. Edizioni di Comunità 1953).

L'altro aspetto interessante della teoria dell'Aquinate, è il rapporto che S. Tommaso vede tra le leggi naturali e le leggi positive.

Le leggi positive sono necessarie e hanno contenuti che vanno oltre quelli propri del diritto naturale perché quest'ultimo non fornisce tutti i precetti necessari per la vita in comunità.

Il diritto naturale diviene, però, il modello ultimo in base al quale tutte le leggi positive e le istituzioni possono essere giudicate.

S. Tommaso scrive:

S. Agostino dice: 'Se la legge non è giusta, non può esser detta legge'. Ciò significa che una legge in tanto ha valore, in quanto partecipa della giustizia. Ora, nelle cose umane si dice che alcunché è giusto per il fatto che corrisponde alla retta regola della ragione. Ma la prima regola della ragione è la legge di natura. Perciò ogni legge posta dagli uomini, in tanto ha valore di legge in quanto deriva dalla legge di natura. Se per contro essa discorda in qualche punto dalla legge naturale, non è più una legge ma una corruzione di questa. (Summa Teologica, I II, 95, 2)¹²⁹.

Il significato di queste parole deve essere inteso alla lettera¹³⁰: l'obbedienza alla legge è sempre condizionata.

Le leggi di conseguenza “*non obbligano secondo coscienza*”.

¹²⁹ Traduzione di D'Entreves, Bologna 1946.

¹³⁰ D'Entrèves, op. cit. pag. 53.

Ai principi secolari l'uomo in tanto è tenuto ad obbedire, in quanto lo esige l'ordine della giustizia.... I sudditi non sono obbligati ad obbedire tranne forse in casi particolari, quando si tratta di evitare uno scandalo o un pericolo.

Pur se si può costruire su queste premesse una teoria medievale della resistenza, bisogna stare attenti a non travisarne la dottrina considerandola una giustificazione della rivoluzione.

Il concetto di diritto naturale in S. Tommaso, seppur inteso assoluto e immutabile, è una nozione singolarmente flessibile ed adattabile.

Esso può mutare per “addizione” quando nuove istituzioni si rendono necessarie in vista delle nuove esigenze umane, o per “sottrazione” quando quello che riguardava il diritto naturale cessa di farne parte.

E' infatti molto importante la storia nella determinazione dei precetti di diritto naturale.

In questo si differenzia molto dalle altre teorie moderne giusnaturaliste che sono fondamentalmente antistoriche.

Alla storia è lasciato largo spazio avendo riguardo alle esigenze della fede e della giustizia; alla storia però non ci si può appellare come ultima istanza, ne come modello definitivo, “*Il Signore ha detto io sono la verità, non io sono la consuetudine o la legge scritta*”.

Questa caratteristica del pensiero tomista ha anche molto in comune con l'atteggiamento delle Corti irlandesi che guardano alle esigenze della Prudenza, Giustizia, Carità, per interpretare la Costituzione e applicarla al

tempo attuale; questi concetti esplicitati nel Preambolo, possono variare con il tempo così come si modificano con il tempo le prevalenti idee di un popolo¹³¹.

Il Diritto Naturale nel pensiero di John Finnis

Finnis è il filosofo contemporaneo che più di altri ha saputo portare avanti una teoria di diritto naturale coerente e innovativa, che tiene conto dei nuovi rapporti tra l'etica e il diritto e tra l'autorità ed i cittadini¹³².

Egli rende noto il suo pensiero nel famoso libro *Natural law and natural rights*¹³³.

Egli parte dalla una tradizione tomistica ma costruisce una teoria sulla base della sola ragione senza che l'elemento divino sia determinante per il riconoscimento finale della sua validità .

Finnis afferma l'esistenza di un gruppo di principi fondamentali che contiene le forme principali della prosperità umana cioè dei beni che devono essere perseguiti e realizzati¹³⁴.

¹³¹ Il giudice Walsh in *McGee v Attorney General* ,(1974)IR pag.319

¹³² Ruth Gavison, *Natural law, positivism and the limits of Jurisprudence. A modern round*,Yale Law Journal vol 91, 1982 pag 1250.

Questi beni sono *indimostrabili ed evidenti di per sé* ma nessuno di essi può essere propriamente realizzato; si può “partecipare” in essi per raggiungere un “felicità” nel profondo, una pienezza di vita che ha significato all’esistenza di ognuno.¹³⁵

I beni “*self-evidents*” sono: vita, conoscenza, gioco, esperienza estetica, socievolezza, ragionevolezza pratica e religione.

Di questi beni, quello della ragionevolezza pratica è quello a cui l’autore dà maggior rilievo non solo perché esso determina la partecipazione negli altri beni, ma anche perché determina il contenuto del diritto naturale.

Infatti esiste un gruppo di fondamentali requisiti metodologici di ragionevolezza pratica che distinguono il pensiero morale giusto dall’ingiusto, e forniscono i criteri per distinguere gli atti ragionevoli da quelli irragionevoli.

Finnis ha un concetto molto largo di diritto naturale: ‘tutto ciò che è ragionevolmente (cioè moralmente) richiesto di fare, è richiesto dal diritto naturale, tutto ciò che è moralmente (cioè ragionevolmente) richiesto di non fare, non è richiesto dal diritto naturale’¹³⁶.

I requisiti metodologici di ragionevolezza pratica, con i quali si giudica se una decisione è praticamente ragionevole, sono nove tra i quali un piano

¹³³ Oxford, 1980.

¹³⁴ Finnis op. cit., pag. 23

¹³⁵ Ibidem pag. 96.

¹³⁶ Ibidem pag. 124

di vita coerente; un distacco che allontani il pericolo di fossilizzazione su un singolo bene; un impegno deciso nel perseguire il bene principalmente oggetto della singola azione; un'attenzione alle conseguenze di un'azione, senza però darvi troppo peso per non cadere nell'errore di perdere le occasioni che si presentano; un'attenzione al bene comune, che nelle comunità deve però essere armonizzato con il benessere e lo sviluppo delle persone singole.

Un ultimo requisito della ragionevolezza pratica è il seguire la propria coscienza.

Avendo preparato il terreno con le forme dei beni umani e dei requisiti della ragionevolezza pratica, Finnis passa a trattare del problema della giustizia che, secondo lui, ha tre elementi principali¹³⁷.

Il primo, è che la Giustizia entra in discussione quando c'è un gruppo di individui e un problema nasce tra una situazione o relazione che li riguarda: è *diretta all'altro*.

Il secondo, è che la giustizia implica un elemento di dovere e un corrispettivo elemento di diritto soggettivo.

Il terzo, è quel principio che Aristotele indicava come uguaglianza e che è preferibile chiamare proporzionalità perché il primo termine può portare,

in alcuni casi, a gravi ingiustizie: dare più cibo ad un uomo robusto che ad un piccolo bambino può essere ineguale ma non necessariamente sproporzionato o ingiusto.

Per Finnis i requisiti della giustizia sono le implicazioni del basilare requisito della ragionevolezza pratica che è il favorire e l'incoraggiare il bene comune di una comunità¹³⁸.

Tale principio, egli spiega, contiene i tre elementi della giustizia.

È indirizzato all'altro; riguarda un dovere perché è un requisito della ragionevolezza pratica; e implica l'eguaglianza o la proporzionalità perché si riferisce al bene della comunità e non ad un singolo individuo o un gruppo.

Applicando questo principio al caso della giustizia distributiva, Finnis osserva che:

‘Il proprietario privato di risorse naturali ha il dovere secondo giustizia di porlo in un uso produttivo o, se gli mancano le possibilità di farlo, di disporne a qualcuno in grado di utilizzarlo in quel modo. I latifondi dei ricchi ...non sviluppati sono un segno di ingiustizia. Così le acquisizioni e disposizioni speculative della proprietà, per lo scopo del mero guadagno finanziario senza un corrispettivo sviluppo economico, sono contrari alla giustizia

¹³⁷ Ibidem pag. 193, egli riconosce che ‘l'enucleazione di questi tre elementi dal lavoro di Aristotele è stato il lavoro dell' Aquinate’

¹³⁸ Ibidem pag. 164

distributiva...Così lo sviluppo di posizioni monopolistiche e oligopoliste che, per il profitto ed il potere di una ristretta classe di individui, restringe la disponibilità di proprietà degli altri individui, e previene l'operare di un mercato di concorrenza ...

Nel contesto di un sistema giuridico, Finnis dice che la giustizia è realizzata nella '*rule of law*', un termine che viene utilizzato per definire un sistema che lavora bene e in buone condizioni.

Alcune caratteristiche di tale sistema sono: norme non retroattive, chiare e coerenti tra loro, sufficientemente stabili in modo che i cittadini possano fare previsioni sulle azioni future, le persone che creano le norme possano poi fornire un efficiente apparato che le faccia rispettare.

Una legge è ingiusta se per esempio un governante abusa della sua autorità emanando norme non dirette verso il bene comune ma verso quello personale, o quando emana norme fuori dallo scopo per cui ha ricevuto l'autorità, o quando la norma è ingiusta sotto il profilo della giustizia distributiva nei termini visti prima, o infine quando ad una persona è negato l'esercizio di un diritto umano o una libertà coerente con le libertà degli altri.

Visione teocratica e visione secolare della Costituzione irlandese

Alcuni autori hanno affermato chiaramente che la Costituzione incorpora principi religiosi Cristiani, se non esplicitamente cattolici, e che deve quindi essere interpretata in quella luce¹³⁹.

I riferimenti al diritto naturale sarebbero quindi derivati dalla tradizione teocratica che vede la legge di Dio come sorgente della giustizia, la quale si rende conoscibile all'uomo appunto per mezzo del diritto naturale.

I riferimenti, spesso ricordati nelle sentenze che si occupano della vigenza e applicazione del diritto naturale, si trovano principalmente nelle parole del Preambolo il quale dichiara che l'emanazione del documento è fatta *'Nel Nome della St.ma Trinità dalla quale ogni autorità deriva e alla quale, come nostro fine, tutte le azioni sia degli uomini sia degli Stati saranno riferite'*.

Esso inoltre proclama il legame del popolo con *'Nostro Signore Gesù Cristo che ha sostenuto i nostri padri in secoli di lotta'*.

L'ordine sociale previsto nel Preambolo consiste nel *"bene comune che deve essere perseguito con la dovuta osservanza della Prudenza, Giustizia e Carità"*

¹³⁹ vedi principalmente Walsh, op. cit. pag.95; Costello op. cit. pag. 110; O'Hanlon, *Natural Law and The Constitution*, II 93.

in modo che la dignità e la libertà dell'individuo possa essere assicurata...”, ancora concetti cristiani che tra l'altro sono stati utilizzati, soprattutto quelli di Prudenza, Giustizia e Carità, dalle Corti nell'opera di interpretazione costituzionale in molte occasioni. Questi ultimi, infatti, svolgono un ruolo centrale nell'adattamento di precetti legislativi alle particolarità del caso concreto dando rilevanza alla modificazione delle opinioni correnti nella società rispetto ai problemi sociali e economici e culturali.

La Costituzione dichiara inoltre che ogni autorità dei poteri dello Stato deriva da Dio (art.6) e l'articolo 44 riserva un posto importante alla religione nella vita dello Stato ('Lo Stato riconosce che è dovuto l'omaggio della venerazione pubblica a Dio Santissimo).

Prima del V Emendamento costituzionale del 1972, era riservato un ruolo privilegiato alla Chiesa Cattolica pur se non si dimenticava l'esistenza di altre confessioni religiose operanti nello Stato che erano tutte nominate, compresa quella Ebraica.

Questi riferimenti all'elemento divino sono stati visti come alla base della teoria del diritto naturale presente in Costituzione e, soprattutto nel campo dei diritti fondamentali, si è fatto riferimento ad un'immagine dell'uomo cristiano che ne deriva come fatto di corpo e anima, dotato di

ragione e coscienza, creato ad immagine di Dio per un fine soprannaturale,¹⁴⁰.

Nella sentenza *Norris V. Attorney General*¹⁴¹, che avremo modo di commentare più volte nei capitoli seguenti, il giudice Higgins si esprime così:

Non si può dubitare che il popolo affermando e riconoscendo il legame con Nostro Signore Gesù Cristo, proclamavano una profonda convinzione religiosa e un'intenzione di adottare una Costituzione coerente con la fede e le convinzioni cristiane.

Tra gli assertori dell'origine teologica del diritto naturale non vi è un completo accordo su quale tradizione religiosa la Costituzione sia fondata.

Il Giudice Walsh dice che il Preambolo, nei suoi riferimenti a Dio, non si riferisce ad una particolare dottrina cristiana ma riconosce il fondamento Cristiano senza qualificazioni come base culturale a cui fare riferimento nella vita dello Stato e dei cittadini.

Questo ha molte conseguenze sull'opera pratica delle Corti poiché diverse visioni del diritto naturale, guidate da diverse tradizioni religiose, possono portare a risultati divergenti.

Come osserva Tim Murphy in un articolo diretto a smontare la dottrina del diritto naturale, su argomenti importanti le posizioni religiose sono

¹⁴⁰ Costello, op. cit. pag.108.

¹⁴¹ 1984 IR 36

diverse¹⁴². Egli cita le parole del reverendo Kenneth Kearon il quale riconosce che nella tradizione cristiana su temi come i contraccettivi, la sterilizzazione e l'aborto vi sono opinioni distinte.

Riguardo all'aborto alcuni ritengono che, in alcuni casi, seppur dolorosamente, può essere giustificato dal pensiero cristiano, anche se non cattolico.

Nella giurisprudenza questo conflitto si è rivelato quando nella sentenza *McGee v Attorney General*¹⁴³ si è riconosciuto il diritto ad usare i contraccettivi tra coppie sposate considerandolo un'espressione del diritto alla privacy, e tutto ciò sulla base di argomentazioni di diritto naturale di versione teologica raggiungendo un risultato che si scontra con la dottrina cattolica.

Altre volte le Corti si basarono invece su considerazioni derivanti dalla dottrina e fede della Chiesa Cattolica¹⁴⁴; questi diversi punti di vista sono stati considerati debolezze per i detrattori di tutto il concetto del diritto naturale.

Un altro tipo di lettura del diritto naturale in Costituzione è però quello secolare razionalista; anche questo è coinvolto nelle critiche al sistema

¹⁴² Tim Murphy, *Democracy Natural Law and the Irish Constitution*, ILTSJ April 1993 pag.82.

¹⁴³ 1874 IR 284

¹⁴⁴ vedi p.es. *Ryan v Attorney General* (1965) IR 294; *Conroy v Attorney General* (1965)IR 411; *Norris v Attorney General* (1984) IR 36.

generale del diritto naturale, come accennerò nel prossimo capitolo, ma esso tende ad eliminare quelle possibili ambiguità derivanti dalla visione teologica e a fornire un riferimento assoluto di giustizia anche a chi non ha un atteggiamento di fede nell'elemento divino.

Richard Humphreys è uno dei più impegnati autori su questo fronte¹⁴⁵.

Egli riconosce la particolarità della Costituzione irlandese rispetto alle costituzioni di altri paesi proprio nei riferimenti ad una teoria di giustizia che tradizionalmente era stata evocata sempre solo nel campo della morale invece che quello del diritto vigente.

Egli afferma che, anche se il concetto del diritto naturale è controverso ed è stato radicalmente criticato dalle filosofie esistenzialiste sulla base che qualsiasi concetto di essenza dell'uomo è un'illusione, la Costituzione irlandese lo richiama esplicitamente e quindi offre un punto di riferimento a cui guardare in casi di ingiustizia nell'applicazione del diritto; in questo senso i dubbi radicali devono essere messi da parte e si deve tentare di capire in che termini questo strumento debba essere utilizzato.

Humphreys ritiene i riferimenti a Dio nel Preambolo e nell'art.6, meramente retorici e darvi forza legale significherebbe introdurre un elemento di "*provincialismo*" nel dibattito costituzionale¹⁴⁶.

¹⁴⁵ cfr Humphreys, *constitutional interpretation*, DULJ 1993

¹⁴⁶ Richard Hmpreys, op. cit. pag.69

Fa l'esempio dell'art.44 dove si afferma “*che si deve il pubblico omaggio a Dio Santissimo*”: non è stato mai interpretato nel senso di emanare un *injunction* contro un ateo che rifiuti di adempiere il proprio obbligo derivante da questa previsione.

Inoltre le disposizioni sui diritti fondamentali, egli dice, non sono direttamente legate all'elemento religioso si può invece dare di esse una lettura alla luce della tradizione secolare razionalista.

L'autore si rifà quindi all'autorità del Finnis il quale ha costruito una teoria sulla tradizione scolastica dove la religione è considerata un bene “*anche se le risposte debbano essere agnostiche o negative*”¹⁴⁷ e nella quale la risposta affermativa è data solo dopo aver eretto una teoria di diritti.

Humphreys e gli altri autori orientati a questa diversa visione del diritto naturale, si rivolgono all'esperienza internazionale dei diritti umani come guida per l'interpretazione costituzionale interna¹⁴⁸.

Molto rilevanti sono le Carte dei Diritti internazionali come la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e le dichiarazioni delle Nazioni Unite che sono considerate direttamente influenzate dal diritto naturale.

¹⁴⁷ Finnis op. cit., pag. 89.

¹⁴⁸ Vedi Forde op. cit. pag 266; Sèan Freyne, *Natural law thiking and the Constitution: a response*, doctrine and life 45, pag.129

Così, si fa spesso riferimento al concetto di diritto naturale nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, come ad esempio nella sentenza *Ethiopia v South Africa and Liberia v South Africa*¹⁴⁹:

Gli Stati non possono creare i diritti umani con la legge o con le convenzioni; possono solo confermarne l'esistenza e darvi protezione. Il loro ruolo è solo dichiaratorio. I diritti umani sono sempre esistiti con l'essere umano. Sono esistiti prima e indipendentemente dallo Stato. Stranieri e apolidi non possono esserne privati.

A livello internazionale il concetto di diritto naturale regna sovrano con tutta la sua forza persuasiva e seduttiva e ha sempre ispirato i documenti riguardanti i diritti umani perché afferma che la sfida della condizione umana ha un significato, che ogni negazione della vita libertà e sicurezza viola un immenso schema morale che preesiste alle insignificanti, provvisorie leggi e ai governi stessi.

Secondo questi autori quindi, dato che sia la Costituzione irlandese sia i grandi trattati sui diritti umani riconoscono e proteggono i diritti naturali, le Corti dovrebbero avere presenti l'opera delle Corti internazionali, come quella citata ma anche quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte Suprema americana, etc., per avere una guida nella ricerca dei diritti naturali e per avere un parametro con cui limitare la discrezionalità.

¹⁴⁹ 1996, *International Court of Justice Reports*, pag.297.

Il rapporto del “Review group” e il diritto naturale

La presenza del diritto naturale nella Costituzione irlandese, recentemente, è stata oggetto sempre più spesso di critiche da parte dei suoi detrattori che ne contestano la validità, l’efficienza e la accusano di condurre i giudici ad un pericoloso soggettivismo.

Nel 1995 è stato nominato un “*Review group*” con il compito di esaminare la Costituzione e “*di individuare quelle aree dove revisioni costituzionali sarebbero desiderabili e necessarie*”.

Il gruppo di studio si occupò molto dei diritti fondamentali e soprattutto della “*previsione aperta*” dell’art.40.3.2, come vedremo fonte dei cosiddetti **diritti impliciti**, denunciandone la natura ambigua che avrebbe portato le Corti a risultati, sebbene benefici, di grande incertezza e arbitrio; ne auspicava quindi una modifica con l’introduzione magari di un elenco quanto più completo possibile di diritti, da garantire costituzionalmente¹⁵⁰.

La fonte di questi diritti impliciti è stata, in gran parte, il diritto naturale e verso di esso si è diretta principalmente la critica del gruppo di revisione.

¹⁵⁰ Report of the Constitution review group (1966)pn.2632, pag.251

Esso ha infatti auspicato che fossero eliminati i riferimenti nell'articolo 41 ai diritti “*inalienabili e imprescrittibili antecedenti ad ogni legge positiva*”¹⁵¹ della famiglia, quelli dell'articolo 42.5 ai “*naturali e imprescrittibili diritti del bambino*”, così come i riferimenti a Dio nel Preambolo e nell'articolo 6.

Ha anche auspicato la rimozione dei commi 2.1 e 2.2 dell'articolo 41 che trattano del ruolo della donna sostenendone la “*vita entro la casa*”.

Il lavoro del gruppo di revisione ha suscitato apprezzamenti da una parte degli addetti ai lavori i quali hanno un'impostazione più positivista, ma altri lo hanno interpretato come un'opera di chiarificazione e di depurazione di elementi retorici, che però non tende a scardinare l'intelaiatura filosofica che sta alla base della Costituzione e che afferma la giustizia come superiore alla legge.

Disposizioni costituzionali

La famiglia

L'articolo 41 dedicato alla famiglia dichiara:

¹⁵¹ Review Group, supra, pag. 330.

1.Lo Stato riconosce la famiglia come il primo, naturale e fondamentale gruppo della Società, e come una istituzione morale che possiede inalienabili e imprescrittibili diritti, antecedenti e superiori ad ogni legge positiva.

1.2Lo Stato, quindi, garantisce di proteggere la famiglia nella sua Costituzione e autorità, come la necessaria base dell'ordine sociale e indispensabile al benessere della nazione e dello Stato.

2.1In particolare, lo Stato riconosce che per la sua vita entro la casa, la donna dà allo Stato un supporto senza il quale il bene comune non può essere ottenuto.

2.2Lo Stato pertanto cerca di assicurare che le madri non siano obbligate dalla necessità economica di impegnarsi nel lavorare a dimenticare i loro doveri nella casa.

3.1 Lo Stato si impegna a sorvegliare con particolare cura l'istituzione del matrimonio, su cui la famiglia si fonda, e a proteggerlo contro gli attacchi.

3.2 Una Corte designata dalla legge può concedere lo scioglimento del matrimonio quando, e solo quando, sia soddisfatto che:... ..¹⁵²

¹⁵² tralascio di riportare le condizioni per ottenere il divorzio inserite in Costituzione con il XV emendamento il 17 giugno 1996.

Questo articolo è sicuramente uno di quegli articoli dove si nota l'influenza della Chiesa Cattolica nel processo di scrittura della Costituzione.

Il professor Kelly considerava questo articolo come “pienamente ispirato dall'ortodossia Cristiana (o più specificatamente cattolica)” e fa l'esempio di due encicliche sulle quali vede principalmente basarsi i principi enunciati nell'articolo, e cioè quelle di Pio XI *Divini Illius Magistri* del 1929 e *Casti Connubii* del 1930.

Questa era una nuova previsione rispetto alla Costituzione del 1922 la quale non trattava della famiglia, e si distacca anche dal paradigma della Costituzione liberale data dal modello americano la quale non riserva nessuna esplicita garanzia al gruppo familiare.

E' stato anche uno di quegli articoli che ha suscitato i più accesi dibattiti sotto molti punti di vista.

Il giudice Costello, scrivendo fuori dalle sue funzioni, parla di un articolo “*di grande efficacia e basato su verità filosofiche che incorporano principi di diritto naturale e non solo vuote formule che salvaguardano la libertà personale*”¹⁵³.

Il professor Beytagh dell'Ohio State University dice che si tratta di “una delle più innovative, interessanti così come controverse previsioni della

¹⁵³ D. Costello, *Legal and social studies*, (1962), 50 Studies 201.

Costituzione del '37... con alcune clausole che offrono un supporto testuale per l'esistenza di una filosofia di diritti naturali.”

Le maggiori critiche hanno riguardato la posizione della donna evidenziata dal comma 2.1 che a lei si riferisce dicendo che “*grazie alla sua vita in casa*” ella contribuisce in modo insostituibile al bene comune.

Anche se questa previsione deriva da convinzioni ormai superate e non più in linea con le idee contemporanee della società irlandese¹⁵⁴, come si vede dalle parole dell'arcivescovo di Dublino Dr McQuaid che in prima persona influenzò con una lunga corrispondenza con De Valera la scrittura della Costituzione, “*niente cambierà la legge e lo stato di fatto di natura che la naturale sfera delle donne è a casa*”, le Corti, nell'applicazione pratica, non hanno letto l'articolo come discriminatorio verso il lavoro femminile.

Il lavoro domestico, dichiarato insostituibile per il bene comune, non è stato interpretato fortunatamente come unico lavoro previsto per le donne ma se ne è accentuato solo l'aspetto di garanzia a tutela della maternità.¹⁵⁵

Recentemente è stato comunque fortemente criticato sia da esponenti del movimento femminista, sia da un comitato sullo status delle donne

¹⁵⁴ A. Connelly, *The Constitution*, in A. Connelly (ed.), *Gender and the law in Ireland*, Dublin, Oak tree press 1993, 5, 13

¹⁵⁵ Walsh, op. cit. pag. 99.

nominato dal governo nel 1993, sia dal comitato di revisione costituzionale nominato dal governo nel 1996.

Si è auspicata la abrogazione del comma incriminato perché :

*La Costituzione riflette un approccio paternalistico verso le donne che non è più accettabile e appropriato in un moderno stato democratico...*¹⁵⁶

Le Corti hanno inoltre fortemente protetto la cosiddetta “*autorità familiare*” contro ogni possibile attacco dello Stato fino al punto di esporsi alla critica che questa autorità possa riuscire contraria ad una considerazione della volontà dei figli oscurata da quella dei genitori.¹⁵⁷

La famiglia infatti è descritta come “*istituzione morale che possiede inalienabili e imprescrittibili diritti, antecedenti ad ogni legge positiva*”, anche se le Corti non hanno specificato di quali diritti in concreto si tratta.

Un recente esempio della difesa dell'autonomia della famiglia si trova nella sentenza *Re art 26 and the Matrimonial Home bill, 1993*¹⁵⁸ in cui venne ritenuta incostituzionale una legge che voleva concedere un equo interesse nella proprietà della casa matrimoniale in tutti e due gli sposi, senza considerare il tempo dell'acquisto e le decisioni degli sposi sulla proprietà dell'immobile.

Fu considerato dalla Corte Suprema un'interferenza nell'autorità della famiglia, ingiustificata e fuori dalla sua competenza; questo però forse

¹⁵⁶ *Second Commission on the status of women: report to the government*, Dublin Stationery Office 1993,27

¹⁵⁷ Frank Martin, *The family in the Costituzione*, in Tim Murphy (ed.), *Ireland's evolving constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pag.89.

senza troppo considerare l'intento della legge che era quello di proteggere la persona più debole nel matrimonio.¹⁵⁹

La famiglia a cui la Costituzione si riferisce è quella basata sul matrimonio, e formata secondo la tradizione giuridica occidentale, da sposi di diverso sesso e da eventuali figli.

Le Corti hanno rigidamente seguito questo modello nel riconoscere le garanzie previste dalla legge, ma ciò non significa che l'unica famiglia da proteggere sia quella basata sul matrimonio.

Recentemente si sono sviluppati altri tipi di famiglia come quelle di coppie omosessuali, genitori singoli che vivono con i propri figli, coabitazioni o unioni bigame, e le Corti, nel provvedere speciali protezioni, hanno indicato altri articoli della Costituzione su cui basare eventuali pretese, non gli articoli 41 e 42 che invece esplicitamente si riferiscono alla famiglia tradizionale¹⁶⁰.

Il rapporto del comitato di revisione costituzionale del 1996 ha auspicato, comunque, su questo tema una modifica che mantenesse la protezione sulla famiglia basata sul matrimonio ma eliminasse le parole “*su*

¹⁵⁸ (1994) 1 ILRM 241.

¹⁵⁹ Martin, op.cit., pag.86

¹⁶⁰ Walsh, op. cit., pag.97

cui la famiglia si fonda” perché sarebbero responsabili di un’interpretazione troppo restrittiva.

Nel 1996 si è introdotto il divorzio nell’ordinamento irlandese con un referendum costituzionale che ha fissato le condizioni da rispettare per ottenerlo che sono: una vita separata di 4 anni, assenza di una possibilità di riconciliazione, altre disposizioni previste dalle Corti per gli sposi o per i figli.

E’ stato criticato l’inserimento di una disciplina dettagliata nella Costituzione, anche vista la natura relativamente restrittiva delle previsioni sul divorzio¹⁶¹, ma l’importanza del tema nel dibattito politico-morale del paese ha imposto che si presentasse un chiaro progetto ai cittadini che esprimevano con il referendum la loro opinione sul tema.

Istruzione

L’articolo 42 dedicato all’educazione afferma:

1.Lo Stato riconosce che la primaria e naturale educatrice del bambino è la famiglia e garantisce di rispettare gli inalienabili diritti e doveri dei genitori di provvedere, secondo i propri mezzi,

¹⁶¹ F.X. Beytagh, *Constitutionalism in contemporary Ireland, An American Perspective*, Dublin, Round Hall:Swett&Maxwell,1997,pag.38.

l'istruzione religiosa, morale, intellettuale, fisica e sociale per i propri figli.

2. I genitori sono liberi di fornire l'istruzione nelle proprie case, in scuole private o in scuole statali o riconosciute dallo Stato

...

3.2 Lo Stato, comunque, come guardiano del bene pubblico può richiedere che i bambini ricevano un minimo di istruzione morale, intellettuale e sociale.

4. Lo Stato provvede per una istruzione elementare gratuita...

5. In casi eccezionali, quando i genitori per ragioni fisiche o morali non ottemperano ai propri doveri verso i figli, lo Stato in quanto guardiano del bene comune cerca di sostituirsi con mezzi appropriati al posto dei genitori, ma sempre con il dovuto riguardo per i naturali ed imprescrittibili diritti del bambino.

I genitori hanno quindi “inalienabili e imprescrittibili” diritti rispetto all'istruzione dei figli che a loro è in principio affidata, fino al punto che non è obbligatorio mandare i figli a scuola potendo provvedere essi stessi a casa.

Lo stato può intervenire solo in mancanza di un minimo di istruzione generale, il quale standard però non è stato ancora fissato dal parlamento e, un tentativo di delega al ministro dell'istruzione di questo potere, è stato

dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema nel 1940. Non si ripetono in questo campo le parole “*(istruzione) religiosa e fisica*” e quindi essa va interpretata nel senso che l’istruzione obbligatoria che lo Stato può imporre è solo quella morale, intellettuale e sociale ma non quella religiosa né quella fisica.

L’art. 44 afferma che lo Stato non sostiene alcuna religione in modo privilegiato e quindi l’insegnamento della religione nelle scuole è oggetto di grande attenzione in modo che non risulti discriminatorio¹⁶².

Lo Stato riconosce, la possibilità di aiuti economici alle scuole private, sempre però in maniera egualitaria, le quali, se sono scuole cosiddette “confessionali”, non possono rendere obbligatorio lo studio di una particolare religione agli studenti, contro la volontà dei loro genitori(art.44.2.4).

Solo in un caso eccezionale in cui i genitori non possono, per ragioni fisiche o morali, provvedere alle esigenze di istruzione dei propri figli, lo Stato può sostituirsi ai loro “*inalienabili diritti e doveri*”, sempre però avendo riguardo ai diritti “*naturali*” e “*imprescrittibili*” del bambino(art.42.5).

¹⁶² Walsh, op. cit., pag 100.

Proprietà

La proprietà è trattata nell'art.43 che recita così:

1.1.Lo Stato riconosce che l'uomo in virtù della sua natura razionale, ha il diritto naturale antecedente alla legge positiva alla proprietà privata dei beni esteriori.

1.2.Lo Stato quindi garantisce di non emanare alcuna legge che tenti ad abolire questo diritto e il generale diritto di trasferimento di proprietà e di eredità.

2.1Lo stato riconosce comunque che l'esercizio dei diritti menzionati in quest'articolo deve essere regolato secondo i principi della giustizia sociale.

2.2Lo Stato quindi può limitarne l'esercizio alla luce della riconciliazione con i principi del bene pubblico.

Questo è un altro articolo direttamente influenzato dai principi della dottrina cattolica in particolare dal concetto di bene pubblico che si trova nel pensiero di S. Tommaso.¹⁶³

¹⁶³ Walsh, op. cit., pag 101.

Si distacca, invece, fortemente dalla visione liberale del XIX secolo, nonostante il richiamo al diritto naturale a cui il pensiero liberale era fortemente legato nel trattare il diritto di proprietà, e sembra permettere politiche moderatamente socialiste e redistributive¹⁶⁴.

Certamente offre meno protezione a questo diritto di quante se ne trovino in altri ordinamenti come per esempio in Francia dove il codice civile afferma all'art. 544 "il diritto di godere e di disporre nel modo più assoluto...".

Altre Costituzioni come quella italiana, spagnola e tedesca prevedono in tutti i casi di espropriazione un giusto indennizzo, mentre quella irlandese non conosce una norma generale di indennizzo, il quale è previsto solo verso istituzioni di istruzione o religiose.

La giurisprudenza ha riconosciuto quindi che in alcuni casi la giustizia non richiede il pagamento di un indennizzo, e che tutto rimane nelle mani del parlamento il quale con le leggi può, caso per caso, determinare l'ammontare di indennizzo dovuto.

Gli "*unenumerated rights*"

¹⁶⁴ Chubb, op.cit., pag.47.

Con il nome di *unenumerated rights* si individua un tema molto importante per i giudici e i giuristi irlandesi che ha impegnato gli sforzi di una ormai lunga giurisprudenza.

Il tema nasce dal fatto che il catalogo dei diritti fondamentali presente in Costituzione è quanto meno sintetico e non prevede molti diritti invece garantiti da altre Costituzioni straniere così come dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le nuove esigenze della vita del mondo moderno hanno quindi spinto le Corti a individuare nuovi diritti da garantire costituzionalmente e, in questo modo, si è sviluppata una feconda giurisprudenza secondo la cosiddetta *dottrina degli unenumerated rights*.

Questa dottrina afferma che la Costituzione irlandese non protegge solamente quei diritti enumerati in essa ma le sue previsioni e la sua impostazione complessiva offrono le basi per tutelare esigenze che sono considerate implicitamente garantite.

La base testuale che “autorizza” questo allontanamento dal testo stesso che è stata individuata a partire dalla sentenza *Ryan v Attorney General*¹⁶⁵ del 1965 dal giudice Kenny, è quella degli articoli.40.3.1 e 40.3.2 che così recitano:

¹⁶⁵ (1965) IR 294

40.3.1. Le leggi dello Stato garantiscono il rispetto e, nella misura del possibile, la rivendicazione dei diritti personali (*personal rights*) del cittadino.

40.3.2. In particolare le leggi dello Stato debbono tutelare nel modo possibile, contro ingiusti attacchi, e, nel caso di torto commesso, far valere, i diritti alla vita, della persona, all'onore e della proprietà dei cittadini.

Nell'espressione personal rights dell'art. 40.3.1, con un argomento logico esente da una pur minima fallacia, il giudice Kenny e la successiva giurisprudenza hanno visto una volontà di garantire generalmente diritti personali di cui l'uomo gode grazie alla sua natura e di cui, nel secondo comma, se ne esemplificano alcuni "in modo particolare".

Questa espressione "in modo particolare" rivela, infatti, che quelli esemplificati non sono gli unici che la Costituzione intende garantire; innanzi tutto perché alcuni di questi (l'onore, la persona) non sono poi trattati specificamente in altre previsioni ma soprattutto perché vi sono, in altri articoli del documento fondamentale, altri diritti che non sono menzionati nell'esemplificazione del 2° comma citato.

Recentemente, comunque, l'intera dottrina degli unenumerated rights è stata oggetto di forti critiche perché tenderebbe a dare protezione costituzionale potenzialmente ai più svariati diritti, senza, a detta degli oppositori, alcun criterio guida se non quello soggettivo ed incerto della volontà individuale dei giudici. Come ho accennato, le critiche si sono formalizzate anche nel rapporto del Review

Group del 1995 nominato dal Governo che, pur apprezzando i risultati di questa dottrina giurisprudenziale, ha ritenuto preferibile che i diritti meritevoli di tutela siano tutti elencati nel testo costituzionale, mediante l'emendamento dell'articolo 40.3.2, scoraggiando in tal modo l'atteggiamento di "eccessivo attivismo interpretativo" della giurisprudenza irlandese.

*Nella lunga e fruttuosa giurisprudenza dedicata a questo tema, comunque, i parametri ai quali i giudici si sono ispirati per la determinazione concreta dei singoli diritti **non enumerati** vanno da "la natura di Stato Cristiano e democratico" alla "personalità umana" al "diritto naturale" alla "lettura globale della Costituzione"; e le tecniche interpretative della Costituzione che li hanno utilizzati sono, come vedremo nel prossimo capitolo, **l'interpretazione armoniosa e l'interpretazione del diritto naturale.***

Diritto all'integrità personale, di circolazione, di sposarsi

Il caso *Ryan* è il primo dove si è affermata la dottrina degli **unenumerated rights** e, nello specifico, si è riconosciuto il diritto all'integrità fisica.

Si trattava di giudicare sulla costituzionalità di una legge di fluorizzazione dell'acqua.

La signora *Ryan* voleva farla annullare dall'Alta Corte perché la riteneva dannosa per la salute sua e dei suoi figli e affermava che questo diritto all'integrità fisica era riconosciuto dalla Costituzione come uno dei diritti impliciti protetti dall'art. 40.3.2.

Il Giudice Kenny in quel caso ritenne, dopo aver raccolto prove scientifiche, che la salute della signora non poteva essere minacciata da quel provvedimento di cui, anzi, risultava provata la bontà.

Non di meno Kenny affermò che la pretesa della signora Ryan sarebbe stata legittima nel caso di un contrario esito degli esperimenti probatori, perché il diritto da lei affermato era tutelato dall'articolo citato.

Per determinare quali siano questi diritti *non enumerati*, si deve fare riferimento alla natura dello Stato che la Costituzione ha istituito e cioè quella di uno "Stato Cristiano e Democratico".

Tutti i diritti che si possono dedurre da queste qualità, ed egli cita come due esempi rispettivi il diritto di circolazione e quello di sposarsi, sono da considerare impliciti in Costituzione e quindi necessitano protezione.

Diritto alla privacy

Il diritto alla privacy è stato affermato dalla Sentenza *Kennedy V Ireland*¹⁶⁶ in cui si dichiarò illegale controllare i telefoni di due privati cittadini anche se fatto su autorizzazione del Ministero di Grazia e Giustizia.

Il giudice Hamilton affermò che: “*non è possibile assicurare la sua libertà e dignità ad un individuo in uno Stato democratico, se le sue comunicazioni private possano essere ingiustamente oggetto di interferenza*”.

Il riconoscimento di questo diritto era stato preceduto da quello che riguardava la privacy in un campo specifico quello coniugale.

La privacy coniugale è affermata infatti dalla sentenza *McGee v A.G.*¹⁶⁷ nella quale il giudice Walsh cita anche espressamente la sentenza americana *Griswold v. Connecticut*¹⁶⁸ che aveva dato il via al riconoscimento del diritto alla *privacy*¹⁶⁹ in quel paese e che si occupava ugualmente di dichiarare incostituzionali delle norme che vietavano l'uso ed il commercio dei contraccettivi nello stato.

¹⁶⁶ (1988) ILRM 472.

¹⁶⁷ (1974) IR 284.

¹⁶⁸ 381 U.S. 479(1965).

Il giudice Walsh in questo caso ha riconosciuto tale diritto un “diritto naturale inviolabile e irrinunciabile” e come tale necessario alla dignità e personalità di ogni uomo.

Egli afferma in questa sentenza che il diritto naturale è una delle fonti a cui riferirsi per individuare i diritti che la Costituzione garantisce implicitamente per mezzo dell’art. 40.3.2.

Diritto a guadagnarsi da vivere in maniera adeguata

E’ un diritto ricavato più o meno esplicitamente dall’art. 45.2.1 che, come le altre previsioni contenute sotto il titolo “Direttive di politica economica e sociale”, sono dichiarate non applicabili direttamente dalle Corti.

Esso recita:

Lo Stato in particolare indirizza la sua politica assicurando che i cittadini(i quali tutti uomini e donne hanno il diritto ad adeguati mezzi per vivere) possano attraverso il proprio lavoro trovare i mezzi per le loro necessità domestiche

Il giudice Kenny nella sentenza *Murtagh v. Cleary* affermò¹⁷⁰ che anche se le Corti non possono dichiarare incostituzionale una legge sulla base di

¹⁶⁹ Vedi per le corrispondenze tra le due sentenze il capitolo V su La giurisprudenza americana ed il IX Emendamento.

¹⁷⁰ (1972) IR 330.

queste disposizioni, che sono solo di indirizzo verso il Parlamento, possono ispirarsi ad esse per individuare un diritto costituzionale implicitamente garantito dall'art.40.3.2.

Il caso nacque da un picchettaggio di un albergo da parte di un sindacato che si opponeva all'assunzione di personale femminile nel bar in quanto contraria a precedenti patti intercorsi tra il datore di lavoro e i sindacati. Il giudice Kenny riconobbe fondate le pretese dall'attore-datore di lavoro all'assunzione del personale perché quei patti, i cosiddetti *closed shop* che mirano a limitare l'occupazione presso un luogo a favore di appartenenti ad uno specifico sindacato, vanno contro il diritto costituzionale delle nuove assunte a guadagnare in modo adeguato alle proprie esigenze di vita.

Diritto di comunicare

La prima sentenza sull'argomento riguardava la vita carceraria e la possibilità che le lettere dei detenuti considerate sospette, potessero essere controllate e censurate.

La Corte nel caso *Kearney v Ireland*¹⁷¹ ritenne questa limitazione giustificata alla luce dell'ordine pubblico e della sicurezza ma nel caso specifico erano censurate lettere innocue e quindi illegittimamente si interferiva nel diritto costituzionale alla comunicazione.

In un'altra importante sentenza si trattava della pubblicazione in Irlanda di un libro riguardante il Servizio Segreto Britannico, che era osteggiata dal governo inglese il quale aveva richiesto un'ingiunzione interlocutoria.

Il giudice Carroll¹⁷² ritenne che, dato che non veniva turbato l'ordine pubblico irlandese, dovesse essere garantita la libertà dei convenuti di pubblicare il libro e, negando l'ingiunzione, disse:

...quello che è in gioco è il diritto di comunicare e di farlo adesso e non tra un anno, o più quando il caso sia stato risolto dalle Corti.

Diritto a stare in giudizio

E' un diritto che esisteva in *common law* e che è riconosciuto essere protetto dall'art. 40.3.2 perché dedotto logicamente dalla previsione dell'art. 34.1 che assegna all'Alta Corte una giurisdizione generale su tutte le controversie.

¹⁷¹ (1986) IR 116.

¹⁷² (1987) ILRM 135.

Nel caso *Macauley v Min. of Posts*¹⁷³ si chiedeva al ministro delle Poste di fornire un servizio telefonico adeguato ma occorreva l'autorizzazione dell'Attorney General perché si trattava di un giudizio contro un membro del governo.

L'autorizzazione era stata negata. La Corte dichiarò incostituzionale questa norma che limitava il diritto di ogni cittadino a tutelare i suoi interessi per via giudiziaria e eliminò la necessità dell'autorizzazione suddetta dal diritto irlandese.

In altri casi le Corti dichiararono invalide norme che prevedevano termini di citazione troppo brevi e ingiustificati alla luce di questo diritto individuale.

¹⁷³ (1966) IR 345

Capitolo Quarto

Interpretazione Costituzionale

Interpretazione e diritto

Ogni prodotto della creatività umana così come ogni documento giuridico in particolare, necessita della particolare arte dell'interpretazione con la quale chi studia un determinato oggetto riesce a comprenderlo ed a interiorizzarlo.

La lezione di Emilio Betti in questo campo è un vero faro di conoscenza.

Nel mondo giuridico, egli dice, l'interpretazione è quell'arte necessaria per mezzo della quale si enuclea dalla parola scritta della legge la norma, quella vera regola che con la legge si vuole esprimere per risolvere i conflitti della realtà e per ordinare la stessa.¹⁷⁴

L'interpretazione è quindi l'operazione con la quale si ottiene un significato da un enunciato linguistico contenuto in un testo giuridico: questo significato è la norma.

L'interpretazione è necessaria perché l'attribuzione di un significato ad un enunciato normativo è attività dell'interprete, il significato infatti non esiste indipendentemente da quest'attività; anche nel caso dell'attribuzione del significato più immediato ed intuitivo si è in presenza comunque di un'attività interpretativa.¹⁷⁵

Con il famoso brocardo medievale *in claris non fit interpretatio* la tradizione illuministica riteneva che l'interpretazione fosse necessaria solo su testi che non fossero di per sé "chiari", e tutto ciò conduceva ad una concezione meccanica e sillogistica dell'interpretare.

In realtà, un enunciato normativo è chiaro se così lo intende l'interprete dopo aver svolto un'attività interpretativa sull'enunciato stesso con la quale comprende e applica quella particolare norma: la chiarezza è un attributo che si assegna *a posteriori*¹⁷⁶.

Anche il tentativo di Hart¹⁷⁷ di superare un'impostazione rigidamente giuspositivistica, riconoscendo che in alcune norme esistono *zone di penombra* nelle quali non è chiaro se alcune situazioni di fatto possano

¹⁷⁴ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata, a cura di G.Crifò, Giuffrè, Milano, 1990

¹⁷⁵ E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1948, pag 183

¹⁷⁶ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Bari, 1999, pag.116

¹⁷⁷ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965

essere ricomprese nella fattispecie legale astratta, è un tentativo che non supera queste critica.

Egli mantiene fermo il principio di oggettività secondo il quale è possibile separare le “*zone di luce*” e “*quelle di ombra*” presenti nelle norme.

In realtà, tracciare questa linea di demarcazione significa già aver operato scelte interpretative e discrezionali necessarie.¹⁷⁸

Tutto ciò presuppone la distinzione tra disposizione e norma, distinzione che ormai è largamente acquisita dalla teoria giuridica.

Da un unico enunciato giuridico si possono ottenere più interpretazioni e quindi si possono ricavare una pluralità di norme.

Non esistono norme di cui si può predicare la *verità*; la norma *vera* esiste “*se e perché è creata dalla totale concordia delle interpretazioni*”.¹⁷⁹

Il problema quindi si sposta da quello, caro al positivismo dogmatico o illuminista, della ricerca della norma vera a quello, caro all’ermeneutica giuridica, di garantire il controllo dell’attività interpretativa e dei suoi presupposti che, pur caratterizzata da un momento valutativo, deve produrre decisioni razionalmente giustificate, non arbitrarie.

I problemi dell’interpretazione nascono da fattori che interessano sia l’oggetto della stessa (il testo e il mondo del diritto in generale) sia il soggetto (l’interprete e la sua cultura dogmatica, ideologica e assiologica).

¹⁷⁸ Viola, Zaccaria, op. cit. pag. 179

¹⁷⁹ F. Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Cedam, Padova 1998.

Tralasciando i problemi che sono causati da *l'eccesso di diritto* e dai *difetti nella sistemazione dei testi*, per quanto riguarda l'uso dello strumento linguistico è qui che si riscontrano le intrinseche difficoltà dell'opera interpretativa.

Il linguaggio giuridico è un sottoinsieme del linguaggio comune e, anche se costituito da un certo grado di tecnicismo, è partecipe della natura di indeterminatezza di ogni linguaggio.

La vaghezza e l'ambiguità delle parole si trasmettono agli enunciati che le contengono (intendendosi per enunciato un'espressione che si presenta in una forma grammaticale compiuta cioè costituita da almeno un soggetto e un predicato) e, benché l'enunciato riduca l'indeterminatezza delle singole parole, in quanto si escludono tutti i significati delle stesse non coerenti con il senso dell'intero enunciato, quest'ultima non viene tuttavia eliminata; è questa una delle essenziali ragioni della variabilità delle interpretazioni.

Oltre all'elemento linguistico, ciò che influenza il momento ermeneutico è la cultura propria dell'interprete e illuminante a questo riguardo è l'opera di Tarello, il quale ha messo in luce quanto siano

importanti i sistemi di valori correnti e le posizioni ideologiche, anche se a livello inconsapevole, nella costruzione delle argomentazioni giuridiche¹⁸⁰.

Le interpretazioni seguono diversi parametri nel continuo sforzo di affermarsi come le più ragionevoli quali il dato linguistico, il contesto linguistico e il contesto extra-linguistico come la storia, i fini della norma etc.

Dal positivismo all' ermeneutica giuridica

La rivendicazione di un ruolo autonomo per l'interpretazione e la valorizzazione dell'irrinunciabile momento valutativo in essa intrinseco, si è potuta ottenere completamente solo con il passaggio da un'impostazione strettamente positivista ad altre, come quelle ermeneutiche o quelle realistiche.

Precedentemente infatti si insisteva su una forte separazione tra legislatori e interpreti essendo assegnato agli ultimi un ruolo di meccanica applicazione del diritto creato dal legislatore.

Con la crisi della concezione sistematica del diritto invece si è affermato un modo di pensare “*problematico*¹⁸¹” e cioè che il punto di vista da cui si guarda il diritto non è più la costruzione dogmatica dei concetti e principi

¹⁸⁰ Con particolare riguardo all'ambito del diritto sindacale, G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni Comunità, Milano 1972.

giuridici che tutto comprende e tutto ordina, ma il singolo caso di vita dal quale si parte per interrogare il testo.

L'impostazione è totalmente opposta perché il metodo dogmatico è un metodo deduttivo che non accetta le situazioni di fatto che si pongono al di fuori dei concetti logici *sistemati*, e “*ammette solo soluzioni implicite nelle premesse di decisioni già integrate nel sistema*”¹⁸². C'è una chiusura quindi verso le novità non afferrabili dal punto di vista del sistema.

Il metodo problematico invece, partendo dalla creativa originalità del caso singolo si confronta con questi concetti e principi giuridici dottrinali considerandoli solo un presupposto di orientamento ma, in quanto tali, discutibili e controllabili.

Nel pensare problematico proprio della teoria “ermeneutico-giuridica”, il senso delle disposizioni, che rimangono il punto di partenza, si completa con la “concretizzazione” della norma effettuata di volta in volta dall'interprete.

C'è una sorta di creazione della norma in questo senso.

Egli individua, con un atto di *pre-comprensione*, il testo necessario per risolvere il caso singolo, ne ha un primo approssimativo approccio e lo

¹⁸¹ F. Modugno, *op. cit.* pag.43

¹⁸² Mengoni, *Problemi e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in Jus, 1976, pag.21

interroga con gli schemi della tradizione dogmatica e dell'esperienza dottrinale e giurisprudenziale precedente.¹⁸³

Questi come ho detto non sono punti di partenza logici come nella tradizione sistematica, ma solo presupposti conoscibili e consapevoli che orientano l'interpretazione e non di meno svolgono una importante funzione anche nell'ermeneutica giuridica.

E' rilevante notare comunque come anche nella conclusione del processo interpretativo hanno una loro valenza.

In particolare al pensiero dogmatico spetta controllare i risultati ottenuti dall'interprete perché è comunque il sistema normativo positivo che funge per lui da limite e che fornisce i valori preventivamente conoscibili che devono vincolare l'attività interpretativa, in funzione di un minimo di certezza e uniformità giuridica.

Il vincolo del giudice alla legge è affermato come necessario quindi anche dall'ermeneutica giuridica in quanto pur affermando la natura eminentemente creativa dell'interpretazione va alla ricerca di criteri e modelli con cui controllarne i risultati per soddisfare all'esigenza generale di razionalità e certezza che si deve presupporre nel diritto.

I modelli che possono offrire questa necessità di razionalità giustificativa e argomentativi sono stati individuati da vari autori come

¹⁸³ Modugno, op., cit. pag.44

Josef Esser¹⁸⁴ e Neil MacCormik¹⁸⁵ che indicano oltre alle già citate dogmatica e tradizione precedente, quella della giustizia ed evidenza, coerenza narrativa etc.

Il punto centrale di questa dottrina è che si considera la norma e il caso concreto non come realtà incomunicabili ma come due elementi in continua dialettica che si adattano e si modificano nel procedimento di applicazione del diritto; essi vengono posti in un rapporto di corrispondenza con il quale si sostengono e si completano.¹⁸⁶

L'interprete stabilisce con il testo un *circolo ermeneutico* in cui egli mette in comunicazione permanente la norma con il caso concreto stabilendo così un vicendevole e dinamico arricchirsi funzionale¹⁸⁷.

La comprensione della norma non è dunque un fenomeno statico e oggettivo ma un evento che coinvolge continuamente la persona in esso impegnata e le sue aspettative di senso presenti nell'applicazione concreta del diritto.

¹⁸⁴ J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di interpretazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Esi, Napoli, 1983

¹⁸⁵ N. MacCormik, *La Congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastino (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987

¹⁸⁶ Viola, Zaccaria, op., cit. pag. 159

¹⁸⁷ Viola, Zaccaria, op., cit. pag. 187

La caratteristica principale dell'interpretazione giuridica infatti, che la distingue dagli altri tipi di interpretazione, è che nel diritto si è sempre in presenza di una regola di condotta diretta a dei destinatari individuati.

La norma è formulata in funzione della sua applicazione e quindi è una proposizione che incide sui comportamenti dei consociati orientandoli.

Ciò significa che sono rilevanti oltre all'*intenzione dell'autore* anche i presupposti di fatto (*problemi* pragmatici) in vista dei quali è pensata la norma e sui quali incide modificandoli.

In questo senso c'è “un aggiustamento reciproco” tra grandezze disomogenee: i fatti vitali e le norme che li disciplinano¹⁸⁸.

Le interpretazioni che consistono in una mera attività esecutiva (artistica, musicale o letteraria) presuppongono solo un momento conoscitivo mentre essendo l'attività giuridica finalizzata ad un giudizio pratico, l'interpretazione qui esige una completa riformulazione delle norme alla luce dei casi particolari.

C'è insieme alla presenza di un atto ricognitivo anche una componente decisionale che non può essere eliminata sia nella determinazione del significato degli enunciati sia nell'applicazione di norme generali ai casi concreti.

¹⁸⁸ Viola, Zaccaria, op., cit. pag. 124

L'interpretazione giuridica attribuisce un senso ad una proposizione normativa quindi, non in vista di un atto puramente conoscitivo ma di una decisione con efficacia vincolante e coercitivamente eseguibile.

L'attività interpretativo-applicativa è parte integrante e irrinunciabile del fenomeno giuridico.

Negare ciò significa ridurlo ad un corpo di regole da conoscere nella loro essenza ultima, astrattamente precostituita e predefinita già perfetta prima che intervenga l'interprete, cosa questa, che ci è stata fatta credere da molta metodologia giuridica degli ultimi due secoli.

L'interpretazione costituzionale in Irlanda

Questo affascinante campo della conoscenza giuridica che richiede anche studi diversi da quelli propriamente giuridici come quelli linguistici, sociolinguistici, ma anche sociologici e politici molto approfonditi, ha interessato grandemente la giurisprudenza e i giuristi irlandesi soprattutto per le nuove prospettive apportate dall'avvento della Costituzione su un sistema di *common law* che all'interpretazione lasciava un ruolo che possiamo definire marginale.

E' per questo che dedicherò il presente capitolo ad un'analisi degli strumenti interpretativi sviluppati dalla giurisprudenza irlandese con particolare riferimento al tema dei diritti fondamentali .

I metodi di interpretazione utilizzati dalle Corti irlandesi sono stati molto criticati sia, in generale, per la nuova impostazione del mondo del diritto che portavano con sé e che era così pericolosamente estranea alla tradizione giuridica precedente, sia a causa dei risultati “troppo liberi” che hanno raggiunto.

Questi risultati sono, secondo i cosiddetti “interpretivisti” (*interpretivists*) o “originalisti” americani, sintomi di un'usurpazione del potere legislativo da parte dei giudici e sono frequentemente oggetto di attacchi da parte soprattutto dei più tradizionalisti.

I vari metodi interpretativi seguiti possono essere individuati, secondo una classificazione più o meno precisa presentata da diversi autori¹⁸⁹ da: l'interpretazione *letterale*, quella *estesa o armoniosa*, quella *storica*, quella del *diritto naturale*.

Tutte hanno svolto un proprio ruolo nei diversi casi specifici giunti all'attenzione delle Corti anche se si può dire che nel campo peculiare dei diritti fondamentali, soprattutto a partire dalla metà degli anni '60, sono stati utilizzati in prevalenza i metodi dell'*interpretazione armoniosa* e quello

¹⁸⁹ per es. vedi Casey, in *Constitutional law in Ireland*, London, 1987 pag.298, o Kelly, Hogan e White in *The Irish Constitution*, Butterworths, London, 1994.

del *diritto naturale* ai quali quindi nell'illustrare i vari tipi interpretazione dedicherò una maggiore attenzione.

Interpretazione letterale

Questo tipo di interpretazione, anche detta “restrittiva”, è quella che cerca di essere più fedele possibile all'enunciato linguistico esaltando l'elemento testuale.

E' storicamente quella più diffusa nei paesi di *common law* dove l'elemento legislativo si inserisce in un sistema giuridico formato di decisioni giudiziali dai quali si ricava l'*humus* culturale che pervade il sistema giuridico.¹⁹⁰

La legge ha una posizione di superiorità rispetto al diritto comune ma paradossalmente sembra interpretare un ruolo secondario nell'evoluzione del diritto.

Quando infatti essa interviene a precisare, modificare, ad integrare il *common law*, questo reagisce espandendosi e delimitandone al minimo gli effetti.

¹⁹⁰ T. Ravà, *Introduzione al diritto della Civiltà Europea*, Cedam, Padova 1982, pag.130

Questo perché i paesi di *common law* hanno un ordinamento non scritto e la legge, non potendo sostituirlo del tutto ma operando solo in un ambito particolare a seconda dell'intervento, si trova ad essere "circondata" dal resto del sistema su cui incide.

La legge viene quindi intesa come un atto che interviene su una situazione giuridica esistente e quindi va intesa negli stretti limiti della modificazione che vi apporta.

Essa ha sempre qualcosa di "eccezionale" rispetto al sistema e sembra che per essa si richieda una specie di "giustificazione".

E' interessante notare come in Irlanda si affermi una chiara differenza tra l'interpretazione della legge, che segue più o meno i parametri ora illustrati utilizzati nei paesi di *common law*, e l'interpretazione costituzionale, che richiede un diverso approccio ermeneutico¹⁹¹ che poi richiama quello diffuso soprattutto in sistemi giuridici diversi come il nostro.

Non di meno l'interpretazione *letterale* è stata utilizzata in un diverso numero di casi e un esempio molto citato è quello denominato *The people (DPP) v O'Shea*¹⁹².

¹⁹¹ D.G. Morgan, *Constitutional interpretation*, Dublin University Law Journal 1993, pag 25

¹⁹² 1982, IR, 384

In questa sentenza si è espunto dall'ordinamento irlandese il principio fondamentale del *common law* (*double jeopardy rule*) secondo il quale non si può appellare una sentenza di assoluzione.

Si seguì un'interpretazione letterale dell'art.34.4.3

La Corte Suprema, con le eccezioni prescritte dalla legge, ha giurisdizione di appello verso tutte le decisioni dell'Alta Corte.

anche se questa lettura del testo poteva andare contro altre disposizioni che erano invece compatibili con quel principio, come il diritto ad un processo secondo le dovute garanzie di legge (*due process of law*) affermato dall'art. 38.

In questo caso il giudice O'Higgins ha dato un'esauriente spiegazione dell'impiego di questo metodo:

La Costituzione, essendo la fondamentale legge dello Stato deve essere accettata e interpretata secondo le parole usate; e a queste parole, quando il significato sia chiaro e univoco, deve essere dato il loro significato letterale. Certamente la Costituzione deve essere letta nella sua totalità e non nelle singole parti e, dove esistano dubbi e ambiguità, deve essere data importanza anche ad altre sue disposizioni, alla situazione e alle leggi che erano in vigore quando essa fu emanata. Alle parole chiare deve

*essere dato un significato chiaro a meno che sia qualificato e ristretto dalla Costituzione stessa.*¹⁹³

Questo metodo, come ho detto, regna nell'interpretazione della legge ordinaria che in Irlanda, come negli altri paesi di *common law*, è molto puntuale e precisa ma non è sempre appropriato per la Costituzione che per natura tende ad esprimere principi generali.¹⁹⁴

Un'altra ragione, che scoraggia l'utilizzo acritico dell'interpretazione *letterale*, è che la Costituzione contiene delle previsioni sui diritti fondamentali che volutamente sono lasciate aperte e le parole utilizzate in esse non esprimono un significato inequivoco; ciò indica che gli stessi costituenti si rendevano conto del carattere restrittivo di un'interpretazione del genere.

Interpretazione storica

Secondo questa dottrina interpretativa è risolutivo, per comprendere il senso delle disposizioni particolari della Costituzione, il criterio dell'intenzione degli autori del testo come storicamente si rileva dallo stato

¹⁹³ vedi anche sentenze 1968, ILTR 1 (si affermava che chi non è cittadino non può appellarsi all'art. 40.3; 1990 ILRM 440, (il trattato non è una legge ai fini dell'art. 40.3).

¹⁹⁴ Kelly, Hogan, White, op. cit. pag xcic

di fatto delle leggi, dalle opinioni della società, dai *mores* dei cittadini, al momento dell'entrata in vigore della stessa Costituzione¹⁹⁵.

Tutto ciò deve essere accertato per capire se su un determinato problema la Costituzione si orienta in favore o contro.

E' un metodo che ha molto influenzato la giurisprudenza degli Stati Uniti dove c'è molta attenzione ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente del 1787, che sono disponibili in ricerche e documenti molto dettagliati.

Sono note infatti le posizioni di Bork¹⁹⁶ e degli "originalisti" o, come sono chiamati dai loro avversari, "interpretivisti" e le loro dispute contro un atteggiamento meno conservatore di altra parte del mondo giuridico americano.

Anche in Irlanda questo metodo ha ottenuto delle applicazioni e una sua rivendicazione può essere riscontrata nell'opinione dissenziente del giudice Henchy nel caso, citato precedentemente, *The people v O'Shea* in cui egli difendeva la storica norma di *common law: double jeopardy rule*.

Egli affermò che un principio così importante di tradizione giuridica, secondo il quale la persona assolta in un procedimento penale non può

¹⁹⁵ G. Hogan, *Constitutional interpretation*, in *Constitution of Ireland 1937-1987*, litton ed. , Dublin1988 pag. 174.

¹⁹⁶ Bork, *The tempting of America. The political Seduction of the law*, New York, 1990

esserne sottoposta ad un altro per lo stesso reato, principio che infatti ancora è in vigore negli Stati Uniti, se fosse stato ritenuto superato dalla Costituzione se ne sarebbe avuta traccia nei dibattiti parlamentari all'epoca. Così invece non è stato e quindi se ne deve trarre la conseguenza che gli autori non abbiano voluto interferire con la tradizione.

Certamente è una tesi ben argomentata ciò non toglie però che una visuale essenzialmente storica della Costituzione, anche se utile, non coglie appieno il suo vero significato e soprattutto non è priva di ambiguità.

Innanzitutto i dibattiti dell'assemblea costituente sono stati molto scarni e lo stesso processo di elaborazione è stato in gran parte segreto.¹⁹⁷

Inoltre in pochi potevano essere coscienti totalmente dei vari problemi implicati nei valori costituzionali, per esempio nel caso citato, i principi del processo penale se non avevano una formazione specificamente giuridica¹⁹⁸.

Per questo la prevalente idea presso i giuristi irlandesi, come dice il giudice Walsh, è che “*nessuna interpretazione della Costituzione è intesa come definitiva per ogni tempo*”.

Applicare valori e credenze di tempi precedenti a quelli contemporanei produce una fossilizzazione del testo. Ciò si nota soprattutto per i diritti

¹⁹⁷ Kelly, Hogan, White, op. cit., pag cvi

¹⁹⁸ Hogan, op. cit., pag 176

fondamentali che devono essere sviluppati dalle Corti alla luce delle idee prevalenti e dei cambiamenti della società.

I diritti costituzionali devono essere considerati secondo i concetti di Giustizia, Prudenza e Carità che possono gradualmente cambiare e svilupparsi come si sviluppa e cambia la società ...La Costituzione non cerca di imporre una volta per tutte le idee prevalenti o accettate al momento della sua entrata in vigore¹⁹⁹.

Certamente alcune disposizioni rispecchiano più di altre, idee e credenze del 1937 come nel caso dell'art. 41.2 sul ruolo della donna e dell'art. 45 sui principi della politica sociale, a differenza per esempio delle previsioni che trattano dell'eguaglianza e del giusto procedimento penale (*due process of law*), che invece affermano valori più universali svincolati da un determinato periodo storico.

Proprio questo fa sì che le prime sembrino oggi fuori posto se non si fornisce loro un'interpretazione adeguatrice al contrario delle altre che sono invece ispirate a principi universali riguardo ai diritti personali in una società libera .

Il contrasto tra un'interpretazione rivolta all'intenzione degli autori storicamente accertata e l'altra che invece rende attuale il testo, è stato

¹⁹⁹ Come dice il giudice O'Higgins in *The State v Donoghue* 1976 IR 235 pag. 247

comunque di gran lunga inferiore a quello esistente nel dibattito americano e che in fondo risale ai due punti di vista opposti espressi da due leader rivoluzionari del 1776: Thomas Jefferson e James Madison; il primo, infatti, riteneva che ogni generazione dovesse elaborare la propria Costituzione in modo da assicurare che essa fosse il più possibile armonizzata con le idee dei cittadini che governava e il secondo, invece, si opponeva a questa visione perché riteneva che la Costituzione dovesse affermare i valori che definissero il carattere di una Nazione anche per il futuro.

Interpretazione del Diritto Naturale

Nel capitolo precedente ho trattato il tema del diritto naturale come uno dei presupposti culturali del diritto costituzionale irlandese.

In questa sede, esso sarà trattato più specificamente riguardo al tema dell'interpretazione giuridica.

Il diritto naturale è stato utilizzato di frequente dalle Corti Irlandesi sin dall'entrata in vigore della nuova Costituzione; anche nel periodo iniziale in cui la giurisprudenza, come si è visto, aveva un atteggiamento di "timidezza" verso la nuova impostazione costituzionale; questo strumento è stato più volte sostenuto soprattutto per mitigare le conseguenze troppo

rigide che in alcuni casi si sarebbero raggiunte seguendo una stretta lettura della Costituzione.

Ma la funzione più importante svolta dal diritto naturale è stato il suo ruolo nell'individuazione degli **unenumerated rights** dalla metà degli anni sessanta in poi.

Come vedremo anche il metodo **dell'interpretazione armoniosa** ha avuto un ruolo fondamentale nell'individuazione dei "diritti impliciti" che derivano dalla disposizione aperta dell'art. 40.3.2; quest'ultimo ha però un'impostazione più positivista, anche se sempre aperta alla ricerca di valori sostanziali, e per questo è stato sottoposto a minori critiche.

Da parte della giurisprudenza si è avuto infatti un crescente scetticismo verso l'argomento del diritto naturale almeno da qualche anno a questa parte e segno indiscutibile ne è la sentenza che sarà ampiamente commentata della Corte Suprema del 1995²⁰⁰.

La prima affermazione della validità del diritto naturale nel diritto costituzionale irlandese è stata fatta nel già citato giudizio dissenziente²⁰¹ del giudice Kennedy durante la vigenza della I Costituzione in cui egli sostiene l'incostituzionalità di una legge che sospende il diritto dei cittadini ad avere un processo di fronte ai tribunali ordinari.

²⁰⁰ *In re the Regulation of information Bill 1995* (1995) 1 ILRM 8.

Nella Sentenza *The State(Ryan) v Lennon*²⁰² infatti, Kennedy afferma la superiorità del diritto naturale su ogni legge positiva, compresa la Costituzione, e seguendo quella linea di pensiero che ho indicato come teocratica, ripercorre le parole del Preambolo e i suoi riferimenti a Dio come ultima sorgente di ogni autorità Statale:

Il Parlamento irlandese riunito in Assemblea Costituente, riconosce che ogni legittima autorità deriva al Popolo da Dio...

E' proprio questo che gli fa dire che il diritto irlandese è fondato su un sistema metagiuridico che continuamente verifica la validità delle singole leggi positive.

Il diritto naturale fu poi ripreso con la storica sentenza anche questa già citata *Ryan v Attorney General*²⁰³, dove il giudice Kenny affermò l'esistenza di altri diritti, non specificati in Costituzione, che non di meno godono di protezione costituzionale.

Questi diritti sono ricavati, infatti, dal diritto naturale e ottengono tutela data la previsione aperta dell'art. 40.3.2. Essa, infatti, recita così:

...40.3.1 Lo stato garantisce nelle leggi il rispetto e nella misura del possibile, la difesa e la rivendicazione dei diritti personali del cittadino.

*40.3.2 **In modo particolare**, lo Stato presterà con le leggi protezione nel modo migliore possibile contro gli attacchi ingiusti e, nel caso di torto*

²⁰¹ Vedi il capitolo II.

²⁰² (1935) IR 170.

²⁰³ (1965) IR 294.

commesso, rivendicherà la vita, la persona l'onore e i diritti di proprietà dei cittadini.

Il giudice Kenny afferma che quel “**in modo particolare**” indica che ci sono altri diritti personali da tutelare oltre a quelli espressi, e che questi, avendo riguardo alle parole del Preambolo e dell'art. 6, vanno ricercati nella natura “*Cristiana e Democratica dello Stato*”.

Egli, nel caso specifico, per affermare il diritto all'**integrità fisica** cita le parole di un'Enciclica Papale considerata uno dei documenti da cui poter ricavare principi di diritto naturale.

La conclusione che ci sia un diritto all'integrità fisica trova supporto in un passaggio dell'Enciclica “Pacem in terris”: ‘Iniziando la nostra discussione sui diritti dell'uomo noi vediamo che ogni uomo ha il diritto di vivere, quello all'integrità fisica e ai mezzi che sono necessari e che si addicono ad un proprio sviluppo di una vita...

Lo stesso giudice nella Sentenza *Conroy v Attorney General*²⁰⁴, si basò sulla testimonianza di un professore di Teologia e Diritto canonico per valutare la gravità della guida in stato di ebbrezza e per stabilire se tale comportamento, alla luce della Costituzione, fosse da considerare reato maggiore o minore.

²⁰⁴ (1965) IR 411

Il giudice scrive così:

La sua (del professore citato) testimonianza sulla gravità morale di questo reato non si basa sulle dottrine morali e teologiche della Chiesa Cattolica Romana ma su quella gravità morale che si può far derivare e misurare dal diritto naturale o etica naturale... Egli ha affermato che da un punto di vista etico, ogni individuo ha in quanto tale ha certi intrinseci diritti dei quali il diritto alla vita è il più importante; dopo ciò viene il diritto all'integrità fisica. Questi inerenti diritti dell'individuo impongono su ognuno un obbligo di rispettare quelli degli altri.

In questa sentenza si nota anche un'affermazione del diritto naturale come espressione di cultura secolare razionalista; la Costituzione infatti, come abbiamo visto, può essere letta anche da un punto di vista laico che richiama la tradizione illuminista di diritto naturale.

I diritti della famiglia, infatti, (“*un’istituzione morale investita di diritti inalienabili e imprescrittibili, anteriori e superiori ad ogni legge positiva*” (art.41.1) , che “*è riconosciuta il naturale e primordiale educatore dei figli*” (art.42.1)), i riferimenti alla proprietà privata (“*Lo stato riconosce che l’uomo, in quanto essere ragionevole, ha un diritto naturale, anteriore alla legge positiva, alla proprietà privata dei beni esterni*” (art.43.1)), possono essere interpretati anche solo alla luce della tradizione razionalista laica occidentale, della quale sono ora esponenti il Dworkin e lo stesso Finnis seppur in gradi diversi.

Uno dei più famosi esempi della lettura costituzionale alla luce del diritto naturale, è contenuta nella già citata sentenza *McGee v Attorney*

*General*²⁰⁵ che riguardava il diritto alla privacy matrimoniale, dove il giudice Walsh nell'affermare questo diritto come uno degli **unenumerated rights** dice:

*In Questo paese, ricade in ultima analisi sui giudici interpretare la Costituzione e nel far ciò determinare, dove necessario, i diritti che sono superiori e antecedenti alla legge positiva, o che sono imprescrittibili e inalienabili... La struttura e il contenuto degli articoli che trattano dei diritti fondamentali indicano chiaramente che **la giustizia non è subordinata alla legge**. In particolare i termini dell'articolo 40.3 subordinano espressamente la legge alla giustizia.*

Successivamente egli scrive:

Gli articoli 41, 42 e 43 rigettano enfaticamente la teoria che non esistono diritti senza leggi, diritti contrari alle leggi, diritti anteriori alla legge. Essi riconoscono che i diritti naturali, o diritti umani, non sono creati dalla legge ma che la Costituzione conferma la loro esistenza e offre loro protezione.

Il giudice Walsh afferma quindi che la privacy matrimoniale, che consiste in questo caso nell'utilizzare contraccettivi per decidere autonomamente se avere figli e quanti averne, è un diritto naturale della coppia sposata.

²⁰⁵ (1974) IR 284.

In questo modo egli, che è anche uno dei convinti assertori del fondamento teocratico del diritto naturale, mostra come non ci sia sempre accordo sui singoli contenuti.

L'uso dei contraccettivi è, infatti, contrario alla morale Cattolica che pure è stata seguita in altre sentenze²⁰⁶, come si nota dall'Enciclica *Humanae Vitae*²⁰⁷.

La concezione teocratica torna, seppure attirandosi sempre maggiori critiche per i risultati a cui giunge, nella Sentenza *Norris v Attorney General*²⁰⁸ dove si trattava di dichiarare incostituzionali le leggi penali che vietavano i rapporti omosessuali anche in privato e tra adulti consenzienti.

Furono chiamati a testimoniare anche teologi e filosofi e psicologi, i quali cercavano di dimostrare che il diritto naturale non richiedeva sanzioni penali per tali pratiche, e fu anche esaminato un rapporto governativo inglese che servì ad eliminare in quel paese nel 1967 le leggi penali in questione.

Il giudice O'Higgins si richiamò, invece, all'insegnamento dei Padri della Chiesa per stigmatizzare i comportamenti omosessuali come “*gravemente peccaminosi*”.

²⁰⁶ Vedi per es. *Norris v Attorney General* (1984) IR 36 sulla condanna dell'omosessualità.

²⁰⁷ “*La Chiesa richiamando l'uomo all'osservanza delle norme del diritto naturale come interpretato dalla sua costante dottrina, insegna che ogni matrimonio deve rimanere aperto alla trasmissione della vita... Noi crediamo che gli uomini del nostro tempo sono particolarmente consapevoli della ragionevolezza di questo fondamentale principio.*”

²⁰⁸ (1984) IR 36.

Ricordando che lo stesso San Paolo parla di tali comportamenti sessuali come sbagliati, e che 2000 anni di legislazione giuridica nei vari popoli influenzati dal cristianesimo li ha vietati penalmente, da ultimo le *Sections 60,61* del *1861 Offence against the Person Act* in vigore in Inghilterra fino al 1967, egli ritiene dannoso per la società liberalizzare tali pratiche.

Anch'egli si richiama all'autorità del Preambolo per dare maggior vigore alle sue argomentazioni:

Il Preambolo della Costituzione afferma orgogliosamente l'esistenza di Dio e della Santissima Trinità e recita che il popolo Irlandese riconosce i propri obblighi a 'Nostro Signore Gesù Cristo'. Non si può dubitare che il Popolo così facendo proclamava una profonda convinzione e fede religiosa e un'intenzione di adottare una Costituzione coerente con tale fede e con le credenze cristiane.

Diritto naturale e Costituzione: il rischio di paradossi logici

Il crescente disinnamoramento verso il diritto naturale in Irlanda ha molte cause: l'asserita natura antidemocratica di questa dottrina²⁰⁹, le spinte verso una liberalizzazione della società sulle questioni morali come

²⁰⁹ Vedi Tim Murphy, "Democracy, Natural law and the Irish Constitution", (1993) 11 ILT 81.

omosessualità, divorzio, aborto e eutanasia, e la paura di introdurre elementi di incertezza nel diritto viste le difficoltà intrinseche di individuare precisi contenuti sostanziali nel sistema di diritto naturale.

La più importante forse però è di stretto diritto costituzionale e riguarda la possibilità di dichiarare incostituzionale una legge (o addirittura un Emendamento Costituzionale) che i membri della Corte ritengano incompatibile con il diritto naturale.

Un'applicazione del genere del diritto naturale infatti porterebbe a dei paradossi logici come il Professor Desmond M. Clarke ha avvertito in più riprese nei suoi lucidissimi scritti.²¹⁰

Paradossi

La risoluzione dei paradossi nel XX secolo deve molto agli sviluppi della “teoria dei tipi” di Russel , Tarski, ed altri.

Molti paradossi nascono dall'uso di uno stesso linguaggio per fare due cose incompatibili nello stesso momento, in particolare se si fanno affermazioni autoreferenziali.

²¹⁰ Vedi “*Emergency Legislation, Fundamental rights end art. 28.3.3 of the Irish Constitution*” II 12,(1977),217; “*The role of Natural Law in Irish Constitution*” II 17(1982), 187; “*Natural Law and Constitutional Consistency*” in *Justice and Legal Theory in Ireland*, 1995, Dublin oak tree press; “*The Constitution and Natural Law:A reply to Mr Justice O’Hanlon*” ILTJ 1993

Per esempio il paradosso del bugiardo si presenta in questo caso: 'mio fratello dice sempre la verità ed io sono d'accordo con lui'.

Ciò lascia aperta la possibilità che mio fratello dica qualcosa che io, indipendentemente, ritenga falsa.

Mi troverei quindi nell'imbarazzante posizione di affermare e negare, direttamente e indirettamente la medesima cosa.

Lo stesso accade se indosso una maglietta con davanti una scritta: 'La frase che c'è sulle spalle è vera' mentre sulle spalle ho la scritta: 'La frase che c'è davanti è falsa'.

Un modo di evitare tali difficoltà e capire quale sia l'enunciato che deve avere la precedenza è quello di distinguere chiaramente tra 'linguaggio-oggetto' e 'metalinguaggio'.

Il 'linguaggio oggetto' è uno strumento con il quale noi diciamo una cosa od un'altra.

Il 'metalinguaggio' è lo strumento con il quale noi faremo commenti sul 'linguaggio oggetto'.

Così, quando volgiamo fare commenti sulla verità o meno di una frase, dobbiamo tenere separata, nel 'metalinguaggio' la frase con la quale predichiamo la verità o meno dell'altra.

Si possono creare poi altri metalinguaggi con i quali possiamo fare commenti sul primo, sempre tenendoli separati però dal loro oggetto. Ogni rottura della separazione tra 'linguaggio-oggetto' e metalinguaggio ci porterebbe al paradosso o all'autocontraddizione.

Come insegna il Professor Clarke, anche nel diritto si possono verificare quei paradossi che abbiamo visto nascere nel linguaggio comune e per evitarli si deve, ugualmente, far ricorso alla separazione della teoria o struttura giuridica in cui stiamo lavorando dall'altra sulla quale facciamo dei commenti.

Per rendere più chiaro in che modo si arriva a tali paradossi nell'interpretazione costituzionale, possiamo analizzare tre differenti rapporti tra diritto naturale e diritto positivo.

In questo modo si potrà poi evidenziare quali di questi rapporti sia da ritenere indesiderabile nell'argomentazione giuridica.

Soluzione di Locke

Per soluzione di Locke si intende l'utilizzo del diritto naturale a livello extragiuridico.

Egli nel suo *Second Treatise of Government* parla della possibilità che la legge positiva possa confliggere con il diritto naturale come nel caso in cui si istaurasse una dittatura che eliminasse i diritti dei cittadini.

Ebbene, Locke dice che in questo caso ci si deve appellare ‘*al Paradiso*’ o, meno metaforicamente, ad una legge ‘*antecedente e più importante di tutte le leggi umane*’²¹¹ cioè, il diritto naturale.

Così facendo però egli non tratta della responsabilità giuridica del comportamento di resistenza, ma afferma solo che, in questi casi, le persone sono moralmente obbligate a seguire qualcosa che è superiore alla legge e che quindi moralmente non sono responsabili della loro disobbedienza.

Questo appello alla legge morale suprema, che gli uomini possono conoscere con la loro ragione, non fa parte della legge e quindi la legge morale e il sistema di leggi umane rimangono distinti.

Il Diritto Naturale come implicito nella Costituzione

Se una Costituzione, implicitamente o esplicitamente, riconosce il diritto naturale come fonte di alcuni valori giuridici come i diritti fondamentali, allora questa conferisce al diritto naturale lo stesso *status* costituzionale delle altre disposizioni scritte.

²¹¹ John Locke, Secondo trattato sul Governo, P. Laslett (Cambridge University Press, 1967) pr. 168, pag. 398.

Così si può dire che i diritti naturali sono diritti morali e, in quanto tali, antecedenti e superiori alla Costituzione, ma legalmente non sono superiori alle altre previsioni della Costituzione.

Riguardo all'Irlanda, si può affermare che il Preambolo e diverse disposizioni riconoscono l'influenza di questa dottrina come fondamento costituzionale almeno nel campo dei diritti fondamentali.

Ciò significa che il diritto naturale in quel campo può fungere da fonte attraverso la quale entrano sotto la protezione costituzionale, diritti non esplicitati nel testo. Questo è quello che è accaduto nel campo degli **unenumerated rights** attraverso l'interpretazione del famoso art. 40.3.2.

Il presente modo di intendere i rapporti tra diritto naturale e Costituzione è anche l'unico che le Corti possono seguire²¹² dopo che la sentenza del 1995, di cui parlerò nel prossimo paragrafo e nell'ultimo capitolo, ha sconfessato l'altro atteggiamento con il quale si afferma la superiorità del diritto naturale sulla Costituzione.

Il Diritto Naturale come antecedente e superiore alla Costituzione

Nella lettura della Costituzione irlandese come una Costituzione che riconosce la superiorità giuridica del diritto naturale ad essa, si presenta

²¹² Vedi White, *Natural law and the Constitution*, 14 ILT 1996, Twomey, *The death of natural law?*, (1995) 13 ILT e Mullally, *Searching for foundations in Irish Constitutional Law*, II (1998)

quel paradosso giuridico che prima si indicava come potenziale fonte di contraddizione nel diritto costituzionale stesso.

Questa lettura è apparsa in alcune importanti sentenze prima fra tutti la già più volte citata *The State(Ryan)v Lennon* nella quale il giudice Kennedy, come si è visto affermava sulla base del Preambolo del documento del '22 che il diritto irlandese era saldamente fondato sul diritto naturale , il quale poteva determinare la validità anche dei singoli Emendamenti costituzionali.

Lo stesso argomento è stato portato avanti più recentemente dal giudice Rory O'Hanlon nei suoi scritti extragiudiziari riguardo alla legittimità degli Emendamenti costituzionali che riguardano alcuni aspetti del diritto alla vita del concepito.

Il suo pensiero trovò posto in tribunale grazie ad alcuni ricorrenti che si costituirono nel giudizio di costituzionalità a priori ex art.26 davanti alla Corte Suprema della legge di applicazione di quegli emendamenti.

Si arrivò quindi alla sentenza del 1995.

Fino al dicembre del 1992 l'aborto in Irlanda era vietato dall' art. 40.3.3 che così disponeva:

Lo Stato riconosce il diritto alla vita del concepito e, con il dovuto riguardo all'eguale diritto alla vita della madre, garantisce con le sue

leggi di rispettare e nel modo migliore possibile di difendere con le sue leggi questo diritto.

I referendum del 23 dicembre del 1992 inseguito alle vicende che saranno analizzate nell'ultimo capitolo, inserirono delle limitazioni a questo divieto assoluto di aborto per consentire l'esercizio di altri diritti costituzionali: il diritto a viaggiare e di manifestare il proprio pensiero. Si aggiunsero quindi altri due commi a all'articolo 40.3.3 e precisamente:

Questo articolo non limita la libertà di viaggiare tra uno Stato ed un altro.

Questo articolo non limita la libertà di ottenere e rendere disponibile, nello Stato, secondo le condizioni previste dalla legge, i servizi legalmente disponibili in un altro Stato.

Con questi emendamenti in Irlanda si è reso legittimo diffondere informazioni su cliniche mediche di altri Stati che praticano l'aborto e andare in tali Stati per ottenerne uno.

Tali aperture sono state osteggiate da molti gruppi antiabortisti e movimenti per la vita, i quali ritengono che lo Stato in questo modo faciliti la commissione di un crimine da parte dei propri cittadini.

Roderick O'Hanlon, già giudice dell'Alta Corte, affermò in una rivista specializzata che questi emendamenti dovevano considerarsi illegali perché contrari al Diritto Naturale²¹³ e quindi, in forza dell'asserita superiorità di

²¹³ Vedi *Natural Rights and the Irish Constitution*, ILTSJ, 1993

questo sulla Costituzione, avrebbero dovuto essere giudicati dalle Corti Irlandesi (e quindi dall'alta Corte o dalla Corte Suprema) incostituzionali.

Egli argomentò che in più punti la Costituzione riconosce la superiorità del Diritto Naturale particolarmente nella sua visione teocratica e citò soprattutto il Preambolo come fonte da cui più chiaramente si notano i legami con l'elemento divino.

Dopo aver citato tutta la giurisprudenza che ha trattato del diritto naturale come parte integrante del diritto costituzionale irlandese, O'Hanlon dice che in Irlanda, ogni emendamento costituzionale ogni sentenza o legge che contraddica il Diritto Naturale deve ritenersi illegale e va espunta dall'ordinamento giuridico.

In questo modo si concretizza quel terzo atteggiamento nei confronti del Diritto Naturale che, come afferma il Prof. Clarke, porta alla contraddizione la stessa Costituzione:

1. secondo la Costituzione alcuni diritti es. proprietà, educazione, famiglia e altri direttamente provenienti dal diritto naturale e introdotti implicitamente in Costituzione, sono superiori alla Costituzione stessa ed ai suoi emendamenti,
2. l'art. 46 prevede che si possano modificare tutti gli articoli della Costituzione, quindi anche quelli riguardanti quei diritti esemplificati al punto 1 ed ogni riconoscimento anche implicito del Diritto Naturale.

Clarke ritiene che la Costituzione non può allo stesso tempo essere la giustificazione del diritto naturale e nello stesso tempo esserne soggetta e affermarne la superiorità.²¹⁴

Ciò ha dato il via ad un vivace dibattito sulle pagine dell' *Irish law Times & Solicitors Journal* che sembra concluso dalla sentenza della Corte Suprema del 1995 *In re the Regulation of information Bill 1995*²¹⁵.

La sentenza del 1995 e il futuro del Diritto Naturale in Irlanda

Nell'impugnare la legge che applicava gli emendamenti costituzionali citati il *Movimento per il Concepito* affermò che ogni informazione o viaggio che contribuisce alla distruzione di un feto è contrario al diritto naturale alla vita di cui anche il concepito gode come dichiara l'art. 40.3.3 citato. Gli Emendamenti costituzionali quindi dovevano essere annullati perché attaccavano questo diritto che, essendo basato sul diritto naturale, doveva prevalere su tutti gli altri.

Il problema più scottante era in quel caso la possibilità di superare la volontà popolare che ha voluto democraticamente modificare la Costituzione nei termini indicati, con una decisione giudiziaria

²¹⁴ Clarke " *The Constitution and Natural Law: A reply to Mr Justice O'Hanlon*" ILTJ 1993 pag.179

²¹⁵ (1995) 2 ILRM 81.

introducendo così un forte elemento antidemocratico nel sistema costituzionale.

La Corte suprema ha risolto la questione rigettando l'argomento dei ricorrenti, con una sentenza che può essere definita uno spartiacque nell'uso del diritto naturale in Irlanda.

La sentenza può essere divisa in due parti.

Nella prima, si citano gli articoli della Costituzione che fondano gli organi dello stato e che li rendono soggetti sotto tutti gli aspetti alla Costituzione e alle leggi.

Si tratta dell'art. 5 *“l'Irlanda è uno Stato sovrano indipendente e democratico”*, dell'art.6 *“tutti i poteri derivano, sotto Dio, dal popolo che ha il diritto di designare i governanti e in ultima istanza di decidere tutte le questioni di politica nazionale secondo i principi del bene comune.*

Questi poteri di governo sono esercitabili solo dall'autorità degli organi dello Stato fondati dalla Costituzione”.

Si citano anche gli articoli 15 e 28 che istituiscono il Parlamento e il Governo e gli art.34 e 35 che istituiscono le Corti di Giustizia.

La Corte nella seconda parte della sentenza, rivisita tutta la giurisprudenza precedente che, come abbiamo visto, si occupa di evidenziare diritti che non sono presenti nel testo costituzionale, e ne conferma la validità.

La Corte Suprema dice che in quei casi i diritti affermati come costituzionali erano logicamente deducibili dal testo perché implicitamente protetti da tutto il contesto costituzionale.

La Corte conclude quindi, affermando che il diritto naturale non può essere riconosciuto come superiore alla Costituzione:

Le Corti, hanno riconosciuto la Costituzione come la legge fondamentale dello Stato alla quale gli organi dello Stato sono soggetti e non hanno mai riconosciuto le previsioni del diritto naturale come superiori alla Costituzione.

Il popolo ha il diritto di emendare la Costituzione secondo il dettame dell'art.46 e la Costituzione, così come emendata dal quattordicesimo emendamento, è la fondamentale e suprema legge dello Stato poiché rappresenta la volontà del popolo.

Questa sentenza è stata molto criticata²¹⁶ perché sembra rigettare, su una base completamente positivista, ogni influenza del diritto naturale senza spiegare il perché il testo stesso della Costituzione faccia espliciti riferimenti a quella teoria e la stessa giurisprudenza presa in considerazione dalla sentenza, si basi, in parte, sul diritto naturale nell'enucleazione dei cosiddetti ***unenumerated rights***.

La verità è solo che la Corte Suprema si è trovata per la prima volta nella posizione di giudicare esplicitamente sulla superiorità nei confronti

della Costituzione del diritto naturale e ha preso fermamente una posizione contraria²¹⁷.

Quel terzo atteggiamento, che abbiamo individuato precedentemente, sul rapporto tra Costituzione e diritto naturale indicato da Clarke come pericoloso e difeso da O'Hanlon, è stato così rigettato.

Rimane però aperto il secondo e cioè quello che vede il Diritto Naturale come implicito nella Costituzione ma soggetto ad essa e che ne può orientare l'interpretazione²¹⁸.

La sentenza del '95 afferma che i diritti che necessitano di una protezione costituzionale devono avere almeno una base implicita nel testo. E comunque il testo deve essere interpretato alla luce dei concetti di "Prudenza Giustizia e Carità".

E' necessario in ultima analisi un giudizio morale per identificare i diritti e i doveri dei cittadini. Il diritto naturale sembra così destinato ad avere ancora un posto nel diritto costituzionale irlandese²¹⁹.

²¹⁶ Vedi G. Whyte, *Natural law and the Constitution*, 14 *ILT* 1996 pag.8, e Twomey, *The death of natural law?*, (1995) 13 *ILT* pag.270.

²¹⁷ Siobhàn Mullally, *Searching for foundations in Irish Constitutional Law*, *IJ* (1998)n.33 pag.333

²¹⁸ Mark De Blacam, *Justice and Natural Law*, *IJ* 1997 pag.322.

²¹⁹ vedi Siobhan Mullaly, op.cit., vedi anche il caso *Re a Ward of Court* (1995 2 *ILRM* 401) dove si chiedeva un ordine dalla Corte per cessare trattamenti artificiali ad una persona in gravissime e irreversibili condizioni. L'ordine fu ottenuto sulla base del diritto ad una morte naturale, implicito nel diritto alla vita della persona. Molte furono le discussioni sollevate da questo caso, vedi ad es. Mark de Blacam, op. cit.

Insieme al contributo che ancora potrà dare, seppure da una posizione inequivocabilmente diversa da quella che poteva avere prima della sentenza del 1995, con ogni probabilità ci saranno anche quelle stesse critiche che hanno accompagnato lo sviluppo e l'affermazione dello stesso nei 63 anni di vita della Costituzione.

Queste si focalizzano soprattutto sull'aspetto dell'incertezza del diritto e sul soggettivismo dei giudici nell'applicare la legge che potrebbe derivare da un uso del diritto naturale.

Queste critiche non si limitano naturalmente all'uso del diritto naturale nell'interpretazione ma come vedremo sono anche state avanzate nei confronti dell'**interpretazione armoniosa** che sarà l'oggetto del prossimo paragrafo.

Si riferiscono, infatti, al problema più generale dell'attivismo giudiziario presente in molti sistemi giuridici contemporanei che, se va tenuto sotto controllo in un paese democratico, non può essere confuso con l'opera eminentemente creativa che è intrinseca nell'attività dell'interpretazione e che, come si diceva all'inizio di questo capitolo, è parte integrante e ineliminabile dello stesso fenomeno giuridico.

Ogni critica deve, quindi, avere ben presente questo aspetto se non vuole cadere nella fallacia di poter distinguere l'attività del giudice da quella del legislatore nella presunta separazione tra creazione e applicazione meccanica e "oggettiva" della legge.

Questa è un'illusione del pensiero illuminista che non sa cogliere la vera essenza del fenomeno giuridico e che è perfino controproducente, secondo il mio parere, in un moderno stato democratico che si voglia presentare come il difensore di diritti faticosamente conquistati nel corso dei secoli.

L'interpretazione armoniosa

Quello che probabilmente doveva essere secondo la logica il primo canone di interpretazione è stato sviluppato in Irlanda in tempi relativamente recenti.

Dai primi anni ottanta infatti le Corti hanno guardato sempre più spesso alla Costituzione come ad un documento unitario dove le singole norme devono trovare un armonica collocazione, senza confliggere e negarsi a vicenda.

Alla base di questo metodo, vi è una presunzione che gli autori della Costituzione avevano una scala di valori con i quali hanno voluto permeare uniformemente il documento senza contraddizioni interne²²⁰.

²²⁰ Kelly, *The Irish Constitution*, 3rd ed. By Hogan & Whyte, Butterworths, London, 1994.

Questa teoria è molto attenta alla base testuale, ma è, nello stesso tempo, aperta a ricercare il significato profondo della Costituzione che possa conciliare le disposizioni in essa contenute, al di là delle parole.

E' servita come si è detto allo sviluppo di nuovi diritti non presenti nel testo, e in questo campo si è attirate le critiche di coloro che vedono un possibile sconfinamento del potere giudiziario dal proprio ambito "naturale"²²¹.

Una delle prime affermazioni di questo metodo interpretativo la possiamo trovare nell'opinione dissenziente del giudice Henchy nella sentenza, già citata, *The People (Director of Public Prosecutions) v O'Shea*²²².

Come abbiamo visto nel paragrafo dedicato all'interpretazione letterale, si trattava di affermare l'appellabilità delle sentenze di assoluzione emanate in un giudizio penale sulla base di un verdetto della giuria di non colpevolezza.

Secondo una norma di *common law*, ancora valida in altri paesi di medesima tradizione culturale, non si può procedere all'appello in questi casi.

La maggioranza della Corte Suprema invece, sulla base della dell'art.34.4.3 della Costituzione che dice "*tutte le decisioni dell'alta Corte sono appellabili alla Corte Suprema salvo quelle eccezioni prescritte dalla legge*", superò

²²¹ Gerard Hogan, *Constitutional interpretation*, in Constitution of Ireland 1937-1987, Institut of Public Administration, Dublin,1988.

²²² (1982)IR 384.

quel tradizionale principio di *common law*, concedendo l'appello anche contro le sentenze di assoluzione.

Il giudice Henchy, che fu uno dei dissenzienti, basò la sua tesi contraria sull'idea dell'interpretazione armoniosa:

Io sono d'accordo che se si leggesse la disposizione rilevante in questo caso in modo isolato, e vi si desse una lettura letterale, allora si giungerebbe a quel significato dato dalla maggioranza della Corte. Ma non credo che questo sia il giusto metodo di interpretazione. Ogni singolo diritto o potere costituzionale è solo un componente in un insieme di previsioni interconnesse e interagenti che devono essere considerate una parte di una composizione più larga, e a cui deve essere data una tale integrata interpretazione in modo che possa inserirsi armoniosamente nel generale ordine costituzionale(il sottolineato è mio n.d.r). Si può dire di una Costituzione, più che di ogni altro strumento legale, che "la lettera uccide, lo spirito dà la vita".

Un altro più recente esempio della dottrina dell'interpretazione armoniosa, si può trovare nella sentenza *Tormey v Ireland*²²³ in cui l'attore che doveva essere processato per un giudizio penale davanti alla *Circuit Court* in base ad una legge recente chiedeva di dichiarare incostituzionale

²²³ (1985) IR 532.

questa legge perché, a suo giudizio, toglieva illegittimamente giurisdizione alla Corte centrale in materia penale cioè la High Court.

Tutto questo sulla base dell'art.34.3.1 che così recita:

La Corte di prima istanza include l'Alta Corte che è investita di una piena e originaria giurisdizione e il potere di decidere su tutte le questioni di diritto o di fatto civili o penali.

Il giudice Henchy questa volta parlando per la maggioranza, disse che una interpretazione letterale avrebbe condotto alle conseguenze indicate dall'attore.

Ma, tale interpretazione, produrrebbe assurdità e condurrebbe l'articolo 34.4.1 in conflitto con altre previsioni costituzionali:

La regola dell'interpretazione letterale, che è generalmente seguita nell'assenza di ambiguità o assurdità nel contesto, deve dare la precedenza alla più importante regola di interpretazione costituzionale: la Costituzione deve essere letta nel suo complesso e le sue diverse disposizioni non devono essere guardate isolatamente ma trattate come parti interconnesse dello schema costituzionale generale. Questo significa che quando sono disponibili due interpretazioni alla luce della Costituzione intesa come un tutto, malgrado la non ambiguità della previsione stessa, le Corti dovranno adottare quella delle due interpretazioni che procura una regolare e armoniosa lettura costituzionale.

L'interpretazione armoniosa e i diritti fondamentali

Questo recente metodo di interpretazione ha svolto un ruolo molto importante nella protezione dei diritti fondamentali sia enumerati sia non enumerati nel testo anzi, dopo la perdita di interesse verso il diritto naturale propria dei periodi più recenti della giurisprudenza, questa dottrina ha mostrato tutto il suo valore nella protezione dei diritti dei cittadini.

Nella già citata sentenza *McGee*²²⁴ abbiamo una prima contrapposizione tra il metodo del diritto naturale e l'interpretazione armoniosa.

Si trattava di riconoscere il diritto costituzionale, non espresso, alla privacy matrimoniale che avrebbe permesso alle coppie non sposate di usare i contraccettivi.

Come già visto nel paragrafo precedente, il giudice Walsh riconobbe che le coppie godono di un diritto naturale alla privacy e che questo deve quindi essere riconosciuto anche dalla Costituzione, anche se ciò andava contro le dottrine di alcune istituzioni religiose.

²²⁴ (1974) IR 284.

Nell'opinione concorrente, invece, il giudice Henchy riconosce questo nuovo diritto basandosi sulla teoria dell'interpretazione armoniosa, offrendo un primo esempio di contrapposizione tra i due metodi.

Egli elimina ogni riferimento al diritto naturale e quindi il suo ragionamento sembra più indirizzato ad una visione positivista, ma così non è, in quanto fa riferimento ad un concetto di personalità umana che lo guida nel riconoscimento dei diritti.

In questo caso, la donna che chiedeva di poter usare metodi contraccettivi era in uno stato di salute tale che una nuova gravidanza avrebbe comportato quasi sicuramente gravissimi danni fisici. Per di più la coppia era molto povera e già avevano 4 bambini.

La dignità di tali persone era certamente offesa sotto diversi punti di vista da una legislazione talmente restrittiva e l'ordine sociale prefigurato dalla Costituzione non poteva tollerarlo.

Il giudice Henchy dice:

E' stato affermato in diversi casi che i diritti garantiti dall'art. 40.3.1 non sono confinati a quelli specificati nel punto 2 di quest'articolo. Sta alle Corti decidere se il diritto nel caso particolare fa parte della garanzia costituzionale. Per fare questo, bisogna mostrare che esso è proprio del cittadino in virtù della sua personalità umana. La mancanza di precisione in questo test è ridotta quando l'articolo 40.3.1 è letto alla luce della Costituzione nel suo complesso e in particolare alla luce di ciò che

essa espressamente, e per necessaria implicazione, mostra essere fondamentale alla concezione dell'individuo nel contesto dell'ordine sociale previsto dalla Costituzione.

Le differenze tra il diritto naturale e l'interpretazione armoniosa, comunque diventeranno più notevoli nel caso *Norris v Attorney General*²²⁵, anche questo citato nel paragrafo precedente.

Come abbiamo visto in quella sede, la Corte Suprema si rivolse alla dottrina Cattolica per giustificare le sanzioni penali contro l'omosessualità considerata "gravemente peccaminosa".

Il giudice Henchy, nella sua opinione dissenziente, invece adottò un atteggiamento laico e totalmente in contrasto con l'applicabilità del diritto naturale (o una sua supposta interpretazione) in materia costituzionale.

Egli parte da un punto di vista strettamente positivo:

Vorrei far notare che in questo caso non siamo chiamati a esprimere un'opinione sul come la legge debba essere. Queste sono considerazioni per filosofi, teorici del diritto o legislatori. Noi qui stiamo considerando srtumenti scritti...

²²⁵ (1984) IR 36.

Successivamente, trattando del diritto alla privacy così come è stato riconosciuto dalle Corti, si rivolge ad un fondamento sostanziale dello stesso cioè la personalità umana.

Continua poi affermando il metodo di ricerca della soluzione del caso:

Ciò che si deve decidere è se il diritto alla privacy, costruito nel contesto della Costituzione nel suo complesso e valutato nella gerarchia di priorità costituzionali, esclude, perché incostituzionali, le leggi penali in questione...

Specificatamente la questione centrale di questo caso è se il diritto dell'attore di compiere atti omosessuali in privato deve dare la precedenza al dovere dello Stato di sostenere considerazioni di ordine pubblico e moralità.

Infine il giudice afferma che sulla base delle testimonianze avute, tutte a favore dell'attore, è chiaro che il bilanciamento di valori indica che il diritto alla privacy deve essere sostenuto e protetto contraddicendo l'argomento teologico.

Un'altra affermazione della teoria in discorso si trova nella famosa sentenza *Attorney v X*²²⁶ a cui si dedicherà maggior attenzione nell'ultimo capitolo analizzando il diritto di aborto.

X sta per il nome di una ragazza di 14 anni che, violentata, era rimasta incinta.

²²⁶ (1992)1 IR 1.

La ragazza aveva manifestato pubblicamente il desiderio di abortire in Inghilterra e un *injunction* e una successiva conferma dell'Alta Corte le avevano negato il diritto di viaggiare in quel paese sulla base dell'art.40.3.3, che riconosce l'eguale diritto alla vita della madre e del concepito. La ragazza aveva deciso che in mancanza di un permesso di espatrio si sarebbe suicidata.

La Corte Suprema, rivedendo la decisione dell'Alta Corte, ha accettato che quando c'è un conflitto tra "il diritto alla vita del concepito" e "l'eguale diritto della madre", la Costituzione richiede che le sue disposizioni siano interpretate armoniosamente e che i diritti in essa garantiti debbano essere interpretati alla luce dei concetti di "Prudenza, Giustizia e Carità".

La Corte ritenne che il rischio di suicidio qualora, riguardo alla probabilità, sia un rischio reale e sostanziale di perdere la vita e se si possa evitare solo con l'interruzione volontario di gravidanza, allora questa interruzione è possibile.

Questa sentenza è stata fortemente criticata perché sembra aver allargato le ipotesi di aborto legittimo anche ai casi in cui la vita della madre non è in rischio fisicamente ma in un certo qual modo psicologicamente.

Sono cresciute quindi le paure che si potesse legalizzare in Irlanda l'aborto per via giudiziaria come è accaduto negli Stati Uniti con la sentenza *Roe v. Wade*²²⁷ che analizzerò nel prossimo capitolo.

Anche con l'interpretazione armoniosa quindi, si raggiungono dei risultati che sono considerati esempi di quell'attivismo interpretativo che crea tante dispute accademiche e politiche.

Gerarchia tra i diritti costituzionali

Insieme con la dottrina dell'interpretazione armoniosa, e con la necessità di essere riconciliata con essa, è stata sviluppata una impostazione secondo la quale esistono alcuni articoli della Costituzione più importanti di altri che, in caso di conflitto con questi, devono avere priorità.

Nella sentenza *The people v Shaw*²²⁸ si doveva giudicare se alcune prove fossero ammissibili o meno visto che il sospettato era detenuto illegalmente.

La polizia pensava che la vittima, effettivamente uccisa dall'indagato, potesse essere ancora viva e cercava di farsi condurre da lei.

Il giudice Kenny riconobbe che le prove erano ammissibili e disse:

²²⁷ 410 U.S. 113 (1973)

²²⁸ (1982) IR 1.

C'è una gerarchia di valori costituzionali e quando un conflitto nasce tra loro, il maggiore deve prevalere. La decisione sulla priorità è fatta dall'Alta Corte e in appello dalla Corte Suprema. Quando c'è un conflitto costituzionale deve essere risolto avendo riguardo a) ai termini della Costituzione b) i valori etici che tutti i cristiani che vivono nello Stato riconoscono e accettano c) i principi del nostro sistema di democrazia parlamentare.

La questione della gerarchia di valori è centrale anche nella citata sentenza *Attorney General v X* in cui il giudice McCarthy dice che se si dovessero bilanciare i due valori in conflitto, cioè i diritti alla vita del nascituro e quello della madre, dovrebbe sempre avere la precedenza quello del nascituro perché un'interruzione di gravidanza porterebbe sempre alla morte il concepito, mentre il continuarla non avrebbe quasi mai effetti negativi sulla madre. E' necessario quindi dar più importanza a quello della madre quando c'è un rischio sostanziale e reale che la vita della donna venga meno, anche se si tratta di un rischio psicologico.

Capitolo Quinto

Gli “*unenumerated rights*” nella giurisprudenza americana ed il IX Emendamento

Il tema degli *unenumerated rights*, caro al diritto costituzionale irlandese, ha avuto un importante sviluppo anche negli Stati Uniti soprattutto nel dibattito costituzionalistico recente, data la presenza nella Costituzione degli Stati Uniti dell'importante IX Emendamento²²⁹.

E'interessante notare, quindi, come ci siano suggestive corrispondenze su questo tema tra le due tradizioni costituzionalistiche e quali siano i diversi atteggiamenti adottati.²³⁰

Questo sviluppo è stato sottolineato da autori irlandesi che hanno evidenziato le grandi potenzialità di una così importante disposizione in un paese che per molti aspetti può essere accostato all'Irlanda.

²²⁹ “Symposium on Interpreting the Ninth Amendment”, 64 Chi-Kent L. Rev. 37-268 (1988).

²³⁰ Vedi generalmente Francis X. Beytagh, *Individual rights, judicial review and Written Constitution*, in in Curtin and O'Keefe, eds., *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, London (1992).

Anche autori americani hanno approfondito i rapporti tra i due paesi per quanto riguarda questo specifico argomento, come per esempio William J. Brennan Jr. che ha presentato un saggio in occasione del seminario di studi in onore di Brian Walsh²³¹.

In questo saggio si evidenzia il ritardo e la superficialità con cui le Corti americane si occuparono del IX Emendamento. Per 200 anni, infatti, esso fu dimenticato dalle Corti e venne, invece, sporadicamente utilizzato in alcune decisioni degli ultimi decenni.

Il IX Emendamento recita così :

“L’enumerazione di alcuni diritti fatta nella Costituzione, non potrà essere interpretata in modo che ne rimangano negati o menomati altri diritti già goduti dai cittadini”

Nascita e significato del IX Emendamento

Esso è una previsione molto importante perché fu introdotta nel dibattito sulla nascita del sistema federale, come un elemento cardine nel processo di delega di poteri dagli Stati al Governo Federale.

²³¹ *The Ninth Amendment and Fundamental Rights*, in Curtin and O’Keefe, eds., *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, London (1992)

Molti Stati, infatti, avendo il timore di una centralizzazione eccessiva del potere con conseguente perdita della loro indipendenza, accettarono la ratifica della Costituzione solo a patto di esplicite garanzie sui diritti dei singoli.

Imposero quindi l'adozione, per mezzo di emendamenti finali, di una Carta di Diritti, chiamata comunemente "*Bill of Rights* americano", riguardante molte garanzie su diritti personali che la legislazione federale non avrebbe potuto violare, e che è rimasta formalmente "aggiunta" al testo originale.

La fazione dei cosiddetti "Federalisti" respingeva queste richieste con vari argomenti²³².

Con un primo argomento, si sosteneva la superfluità degli emendamenti poiché i poteri che avrebbe avuto il Congresso non sarebbero stati che quelli indicati dalla Carta Fondamentale. Poiché questa non assegna competenze esplicite in tema di diritti personali, il Congresso non avrebbe potuto comunque operare in quella materia.

Questa opinione non riuscì a far desistere gli Stati dal loro atteggiamento rivendicativo.

James Madison la criticò con queste parole: "*possono alcune leggi non essere ritenute necessarie se lo sono in sé stesse?*"²³³.

²³² Ibidem op.cit.

²³³ I Annals of Congress 438 (1834) Session of 8 June 1789

Egli formulò molti esempi in cui una normale azione dello Stato federale, nell'esercizio dei poteri ad esso delegati, potesse in concreto interferire sui diritti fondamentali dei cittadini.

Secondo un altro argomento, correlato al precedente, si vedeva nella elencazione di specifici diritti in Costituzione, una sottovalutazione del principio di poteri limitati che era alla base dell'accordo costituzionale ed era diretto a garantire *in primis* l'autonomia dei singoli Stati. Anche ciò non fu convincente perché alcuni articoli del testo costituzionale contenevano già protezioni di alcuni diritti, come l'articolo 1 in tema di impossibilità di perdita di beni e di diritti civili.

Perché quindi non offrire protezione ad altri diritti ugualmente importanti?

Un'altra opinione contraria alla stesura degli emendamenti, faceva fulcro sul fatto che la protezione sarebbe stata comunque limitata ai diritti enumerati negli Emendamenti e si sarebbero lasciati fuori, invece, altri diritti che in futuro avrebbero potuto essere meritevoli di un'eguale protezione. In questo modo, quindi si sarebbe imbrigliata la Costituzione ed essa avrebbe perso la necessaria elasticità.

Questa paura fu condivisa anche dal citato James Madison il quale offrì una soluzione con una proposta che poi sarebbe diventata, con alcune modifiche, il IX Emendamento.

Con esso si dotò la Costituzione di una previsione elastica in grado di comprendere eventuali diritti di cui non si sentiva l'esigenza di affermare al momento della stesura del documento fondamentale, ma di cui, successivamente, si sarebbe potuta mostrare la necessità.

La proposta di Madison che la Costituzione dovesse espressamente riconoscere l'esistenza di altri diritti, non esplicitati nel testo che potessero, anch'essi, limitare il potere legislativo, non era a quei tempi una proposta inusuale e pericolosa come, invece, può sembrare ad un lettore contemporaneo.

Erano diffuse, infatti, tra le colonie a quel tempo le idee, che in Inghilterra non avevano avuto grande seguito, sulla limitazione del potere del Parlamento con una "*legge superiore*", idee che erano affermate soprattutto dai loro leaders rivoluzionari²³⁴.

Questi nuovi diritti, non esplicitati, erano visti derivare da una tale *legge superiore* e meritavano, quindi, una tutela eguale a quella offerta agli altri diritti *positivamente* affermati in Costituzione.

Il IX Emendamento entrò così a far parte della Costituzione insieme agli altri 10 nel 1791, e insieme agli altri, si propone di tutelare quei diritti fondamentali che erano così cari alla cultura giuridica delle colonie d'oltremare, ormai indipendenti dalla Madrepatria.

²³⁴ E. Corwin, *the 'Higher Law' Background of American Constitutional Law* 61-89(1955)

Quest'Emendamento è, quindi, quasi il “fulcro” sul quale quella teoria di diritti fondamentali si basa; una volta, infatti, affermati i diritti che fungono da barriera contro interferenze dello Stato nella libertà dei cittadini, ci si è preoccupati che questa libertà non fosse in futuro compressa su campi diversi, ma egualmente importanti, non esplicitati nel documento originario.

Il IX Emendamento e la giurisprudenza della Corte Suprema

Per molto tempo però, il vero significato dell'Emendamento e delle teorie che vi sono alla base fu dimenticato dalla Corte Suprema nella propria giurisprudenza che se ne è occupata solo in alcune decisioni; questo, anche malgrado si diffondesse negli ultimi decenni, un rinato interesse nei circoli accademici.

Il disinteresse può essere spiegato da tre motivi principali che si possono brevemente elencare²³⁵.

Il primo è che questa disposizione ha seguito un po' il destino delle altre disposizioni in materia di diritti fondamentali le quali sono rimaste in gran

parte inapplicate fino ai primi anni '50. Solo da questo periodo, infatti, si diffusero le decisioni della Corte Suprema, soprattutto in tema di discriminazione, che invalidavano leggi federali violanti i diritti civili.

Gli altri due motivi invece, come nota Brennan nel saggio citato, riguardano più specificamente il IX Emendamento.

Egli dice che forse non è a tutti chiaro il suo vero significato, cioè non è chiaro se le corti, con esso, siano veramente state autorizzate ad invalidare leggi che violino diritti “**non nominati**” esplicitamente, o se si tratti di una vuota disposizione, magari meramente “programmatica”.

Esiste, inoltre, la paura inconscia che dando importanza ad un articolo di tal sorta si possa ricadere in un atteggiamento “relativista” simile a quello, da tutti concordemente rigettato, che tennero le Corti nella cosiddetta “*Era Lochner*”.

Riguardo al primo motivo, oltre l'interpretazione storica del IX Emendamento esposta prima, infatti, tra gli studiosi se ne sono affacciate altre meno rigorose.

La prima riprende e sviluppa il vecchio argomento dei “Federalisti” contro un *Bill of Rights*, affermando che “*i diritti già goduti dai cittadini*”, siano i poteri non delegati al Governo Centrale, e che questi quindi non possano essere avvocati dallo Stato.

²³⁵ William J. Brennan Jr, *The Ninth Amendment and Fundamental Rights* 1990 pag. 111.

A parte il fatto che qui si tratta di “**diritti**” e non di “**poteri**”, anche quest’interpretazione si basa sulla presunzione che il Governo Federale non può minacciare diritti individuali perché si occupa solo di poteri delegati.

Questo punto di vista era già stato sconfitto quando il Congresso ratificò i primi dieci Emendamenti, e non regge alle argomentazioni illustrate, a suo tempo, da Madison stesso che dimostrano che il potere centrale normalmente entra nel campo dei diritti personali.

Inoltre, non ci sarebbe stato bisogno di introdurre successivamente il X Emendamento che appunto recita:

“I poteri non delegati Dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati sono riservati agli Stati, ovvero al popolo.”²³⁶

Un’altra interpretazione, strettamente “legalistica”, vuole che i diritti del IX Emendamento siano quelli scritti nelle leggi e nelle costituzioni dei vari Stati.

Anche qui le parole di Madison sono esemplari “*alcuni Stati non hanno una Carta di Diritti, ce ne sono altri che ne hanno una molto deficitaria ed altri ancora ne hanno una non solo deficitaria ma addirittura impropria*”²³⁷. Con queste parole è difficile che Madison ed altri abbiano voluto introdurre una

²³⁶ *Annals of Congress* 439 (1845)(session of 8 June 1789)

²³⁷ *ibidem*.

previsione diretta a salvaguardare le Dichiarazioni dei Diritti dei singoli Stati Federati.

Per quanto riguarda il secondo motivo, la paura di una nuova “*Era Lochner*”, si fa riferimento al periodo simbolicamente iniziato con la sentenza *Lockner v. New York*²³⁸.

In questo famoso caso, la Corte aveva disapplicato una legge Statale che limitava l’orario di lavoro dei panettieri a 10 ore al giorno e a 60 ore a settimana. La Corte affermò il diritto individuale di stipulare contratti di lavoro nei termini che si ritengono migliori abbattendo la *ratio* delle legge che riteneva dannoso per la salute un eccessivo lavoro e ritenendo quindi non ragionevolmente fondata e necessaria la limitazione di questo diritto.

Tutto ciò interpretando estensivamente la cosiddetta “*Due Process Clause*” del XIV Emendamento.

Questa sentenza è stata per gli anni seguenti, il simbolo di come i giudici possano anteporre le proprie personali valutazioni e volontà a quelle derivanti dalla legge, ed, in quanto tale, è considerata la degenerazione di “un attivismo interpretativo” da evitare.²³⁹

Il “Substantive due process”

²³⁸ *Lockner v. New York*, 198 U.S. 45,61(1905)

²³⁹ J. Wilson Parker, *Must constitutional rights be specified?*, II 1997, 106.

Nonostante l'apparente rifiuto di utilizzare il IX Emendamento nella propria giurisprudenza, si può ritenere che, comunque, la teoria ad esso sottesa ha trovato posto in molti atteggiamenti della Corte Suprema.²⁴⁰

Essa, infatti, soprattutto attraverso il cosiddetto “*Substantive Due Process*” (giusto procedimento sostanziale), enucleato dalle “*Due Process Clauses*” derivanti dal V e XIV Emendamento, più volte ha applicato il “libero” linguaggio ivi utilizzato, per dare protezione a diritti non specificati nella Costituzione Americana²⁴¹.

La “*Due Process Clause*” dopo il contestato utilizzo nella citata sentenza *Lochenr*, da un significato originale di *giusta procedura*, (*fair process*) è stata interpretata come contenente anche garanzie sul piano sostanziale.²⁴²

La clausola, del XIV Emendamento, così recita:

“...nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento di legge (Due Process of Law) ”.

Il “*giusto procedimento*” “*protegge la libertà individuale contro “certe azioni governative che non tengono conto delle giuste procedure necessarie”*”²⁴³.

²⁴⁰ Brennan op. cit. pag.116.

²⁴¹ La “*Due Process Clause*” presente nel V Emendamento limita solo i comportamenti del Governo Federale. Nel 1865, dopo la Guerra Civile Americana, fu introdotta nel XIV Emendamento un'altra “*Due Process Clause*” indirizzata invece ai singoli Stati. In ambedue gli Emendamenti la parola “libertà” è vista avere lo stesso significato ai fini del “*Substantive Due Process*”.

²⁴² Beytagh, op. cit. pag.154

La giurisprudenza americana ha determinato il contenuto dei diritti fondamentali compresi in questa ‘*libertà*’ e ha ricavato la portata sostanziale di questa previsione dando protezione a nuovi diritti, anche non esplicitati nel testo.

Si parla in questo senso di “*substantive due process*” in contrasto al “*procedural due process*”²⁴⁴.

Quest’ultima espressione concerne, invece, l’adeguatezza delle procedure governative in aree dove il governo è abilitato ad operare.

Gli esempi dell’atteggiamento interpretativo illustrato, sono frequenti e di grande importanza per gli sviluppi del diritto americano e si basano anche su altre disposizioni costituzionali, correlate o no con il XIV Emendamento, che sono viste garantire anche situazioni non esplicitamente protette dalle stesse .

Per esempio, anche se la Costituzione non menziona un diritto di viaggiare liberamente tra gli Stati, la Corte Suprema lo ha riconosciuto come uno “*che occupa una posizione fondamentale nel concetto di Unione Federale e la cui sorgente non deve necessariamente essere ascritta ad una particolare previsione costituzionale*”²⁴⁵.

In altri casi ancora, essa ha riconosciuto diritti, anche essi non espressamente presenti in Costituzione, come la libertà di associazione

²⁴³ Collins v. Harker Heights (1992) 503 U.S. 115,125.

²⁴⁴ Wilson Parker, op.cit , pag.106.

²⁴⁵ Shapiro v. Thompson,194 U.S.618,630(1969)

riconosciuta implicita nel I Emendamento, in quanto, anche se esso garantisce solo le libertà di parola e di assemblea, tali diritti non possono essere affermati significativamente senza che sia protetta la libertà, per coloro che hanno delle convinzioni, di organizzarsi insieme per una causa comune²⁴⁶.

Questi diritti “**non enumerati**”, quindi, non sono stati fatti derivare dal IX Emendamento ma da altri principi e articoli che ne “*adombrano*” l’esistenza, primo fra tutti il XIV Emendamento, anche se una tale interpretazione deriva, senza dubbio da una certa lettura del IX Emendamento.

Solo in un caso *Richmond Newspaper, Inc. v Virginia*,²⁴⁷ più membri della Corte hanno fatto derivare questo principio di interpretazione della Costituzione palesemente dal IX Emendamento. La Corte Suprema, allora, riformò una decisione di un giudice di chiudere al pubblico una causa penale su richiesta dell’imputato.

Il diritto affermato dalla sentenza, infatti, è la libertà di stampa e dei media di informare il pubblico nei procedimenti giudiziari. Tre giudici, ricordando la paura di Madison sulla possibilità che alcuni importanti diritti potessero trovarsi senza tutela, affermarono che per rispondere a

²⁴⁶ NAACP v. *Alabama*, 357 U.S. 449 (1958)

queste esigenze i Padri stessi della Costituzione vollero il IX Emendamento, per avere una base testuale alla difesa di tali diritti.

La “privacy “ ed il IX Emendamento

Un campo di elezione invece per l’applicabilità di questa previsione costituzionale è certamente la *privacy*.

E’ significativo infatti che l’esposizione più chiara delle potenzialità del IX Emendamento, è contenuta nella prima importante sentenza della moderna dottrina della *privacy*, *Griswold v. Connecticut*.²⁴⁸

Il caso è anche quello da cui si è ispirata la giurisprudenza irlandese per la protezione dello stesso diritto, precisamente il giudice Brian Walsh nel caso *Mc Gee*, nella quale sentenza c’è una espressa citazione della “sorella” americana. Si tratta, infatti, della costituzionalità della legge sull’uso dei contraccettivi.

Nella sentenza *Griswold*, la legge in questione, fu invalidata ma tra i giudici ci furono opinioni diverse sulla fonte dell’incostituzionalità.

La maggioranza dei giudici vide la fonte della protezione del diritto delle coppie sposate alla *privacy*, in un insieme di articoli che formano una

²⁴⁷ 448 U.S. 555(1980)

²⁴⁸ 381 U.S. 479(1965)

“**penombra**” all’interno della quale si garantisce questo nuovo diritto (gli articoli citati vanno dal III Emendamento che riguarda il divieto per i militari di occupare le cause dei cittadini, al IV che afferma “ *il diritto dei cittadini di essere sicuri nelle loro persone case, scritti, ed effetti personali contro irragionevoli perquisizioni e sequestri*”, al V che riguarda la protezione dall’obbligo di accusare sé medesimo garantendo una zona di privacy in cui lo Stato non può interferire).

Il Giudice Goldberg invece, nell’opinione concorrente, invocò il IX Emendamento per fornire una base più solida nell’interpretazione del XIV Emendamento che era poi la disposizione chiave che dava unità alle altre.

Egli scrisse chiaramente:

“i padri della Costituzione credevano che ci fossero altri diritti fondamentali oltre quelli menzionati nei primi 8 emendamenti” e che “nel determinare quali essi siano, i giudici non sono lasciati soli a decidere secondo le proprie personali e private convinzioni. Piuttosto... l’indagine riguarda il fatto se il diritto coinvolto sia di un carattere tale che non possa essere negato senza violare quei principi fondamentali di libertà e giustizia che sono alla base di tutte le nostre istituzioni civili e politiche”²⁴⁹.

²⁴⁹ Id. 493

L'insegnamento della sentenza *Griswold* si indirizza in due direzioni nella futura giurisprudenza americana.

La prima riguarda la dottrina della *privacy*: non solo ha rivolto protezione all'uso dei contraccettivi (invalidando leggi che impedivano anche alle coppie non sposate di utilizzarli²⁵⁰ e che ne vietavano la commercializzazione²⁵¹) ma ha anche sostenuto, sotto il nome generale di “*privacy*”, il diritto delle famiglie estese di vivere insieme²⁵², il diritto di non essere arrestato per la lettura di materiale osceno in casa propria²⁵³, ed il diritto delle donne di praticare l'aborto²⁵⁴.

Proprio in questa importante ultima sentenza si nota la seconda direzione della giurisprudenza nata dalla *Griswold*. La volontà di affermare il diritto alla *privacy*, e altri nuovi diritti, non come derivante dal IX Emendamento ma di fondarli in una “**penombra**” formata da più articoli della Costituzione, è stata la fonte di controversie sostanziali.

Nella *Roe v. Wade*, infatti, il diritto di praticare un aborto, è ritenuto un aspetto particolare di quello alla *privacy*, ed è ritenuto nascere dal “*concetto di libertà personale*” della cosiddetta “*Due Process Clause*” del XIV Emendamento.

²⁵⁰ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438,453(1972)

²⁵¹ *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678(1977)

²⁵² *Moore v. East Cleveland*,431 U.S. 494, 500-501(1977)(plurality opinion)

²⁵³ *Stanley, Georgia*,394 U.S. 557,564(1969)

²⁵⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973)

Il diritto all'aborto, quindi, su cui si intrecciano difficili questioni morali e giuridiche, è stato affermato dall'opera giurisdizionale di una Corte, senza un dibattito politico e civile ed in più, non si è offerto ad esso un chiaro e solido fondamento.

Ebbene, questa sentenza è stata molto criticata da commentatori e giuristi i quali anche se convinti della bontà del risultato, hanno rilevato la grande incertezza testuale su cui si fonda la moderna dottrina della *privacy*, e nel caso specifico il diritto dell'aborto²⁵⁵.

Sia che la *privacy* sia pensata nascere dalla “**penombra**” della Costituzione, sia che la si faccia derivare dalla “*Due Process Clause*”, è aumentata fra i commentatori la paura che dalle Corti si possa legiferare in contrasto con il principio democratico che esige che sia il Parlamento a porre le leggi alla Comunità.

Corrispondenze con la giurisprudenza Irlandese

In Irlanda, l'importante ruolo che ha il IX Emendamento nel diritto costituzionale americano, è stato sottolineato in più di un'occasione dal giudice Brian Walsh. Una di queste occasioni fu la famosa sentenza *Mc Gee*

*vs. Attorney General*²⁵⁶ il cui caso, come ho detto, è simile a quello sotteso alla sentenza *Griswold*.

L'incostituzionalità delle restrizioni all'uso dei contraccettivi fu fondata dai vari giudici su diversi motivi.

Il Giudice Walsh, nell'opinione concorrente, si riferì all'art. 41 della Costituzione Irlandese, la cui I Sezione riconosce:

...la Famiglia come una istituzione morale che possiede diritti inalienabili e imprescrittibili antecedenti e superiori ad ogni legge positiva.”

Walsh ha concluso che questi diritti delle coppie sposate comprendono quello ad adottare decisioni riguardo alla propria vita sessuale e al numero di figli che si vogliono avere.

Riferendosi al Preambolo il Giudice Walsh, continua:

“I giudici devono, quindi, meglio che possono con la loro esperienza e cultura, interpretare questi diritti secondo le proprie idee di prudenza giustizia e carità... Lo sviluppo del diritto costituzionale degli Stati Uniti D'America è ampia prova di questo. C'è una Costituzione che, mentre non professa di essere ispirata ai valori della Cristianità, nel IX Emendamento comunque riconosce l'esistenza di diritti diversi da

²⁵⁵ Ely, "the Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*", 82 yale L.J. 920,935-36(1973)

²⁵⁶ (1974) IR 284

quelli espressamente menzionati da altri emendamenti(sottolineato mio n.d.r)”²⁵⁷.

Il Giudice Walsh, nella sua motivazione, mostra i due diversi approcci che la giurisprudenza Irlandese ha seguito nell’enucleazione degli “**Unenumerated Rights**”. Il primo, quello del diritto naturale, secondo il quale la Costituzione Irlandese semplicemente conferma che ci sono “diritti naturali – “diritti anteriori alla legge” - e che quindi la giustizia è posta al di sopra della legge”²⁵⁸.

Il giudice Walsh conclude dicendo che i diritti di una coppia sposata di decidere quanti figli, se li vogliono, avranno, sono questioni che vanno *oltre la legge positiva*.

Questo approccio, come suggerito dallo stesso Walsh, non può essere seguito dalla giurisprudenza americana.

L’approccio americano è strettamente positivistico.

Malgrado, infatti, qualche interesse manifestato per il diritto naturale, la Corte Suprema Americana ha sempre espresso la posizione che i soli diritti che le Corti possono riconoscere legittimamente sono quelli menzionati, esplicitamente o implicitamente, nella Costituzione scritta.²⁵⁹

²⁵⁷ Id. 319.

²⁵⁸ Id. 310.

²⁵⁹ Francis X. Beytagh, op. cit, pag.150.

L'altro approccio agli “**Unenumerated rights**”, che pure in Irlanda ha avuto seguito, nasce invece dal considerare come imprescrittibili e inalienabili i diritti perché incorporati nella protezione dell'articolo 41 che – dice- “*ricosce e garantisce la famiglia come base dell'ordine sociale e i genitori sono quelli che determinano come deve essere condotta la vita familiare*”²⁶⁰.

Questo secondo aspetto è quello che può essere applicato all'ordine costituzionale americano in cui è forte il credo che il testo sia “l'ancora” alla quale ogni decisione deve aggrapparsi²⁶¹.

Il Giudice Walsh trattando della Costituzione degli Stati Uniti, ha affermato che essa è “*essenzialmente un documento di diritto naturale*” almeno quanto lo è una Costituzione scritta che “*garantisce i diritti naturali dei cittadini*”²⁶².

Egli osserva che il IX Emendamento “*ha come premessa il riconoscimento di diritti inerenti all'uomo in quanto tale, semplicemente perché uomo*”²⁶³ ma la protezione di questi diritti naturali è mediata da una Costituzione scritta.

Il Problema sorge quando una Costituzione scritta contiene una previsione “*open-ended*”²⁶⁴ come il IX Emendamento e un giudice, nell'individuare un diritto non protetto, debba interpretare questa previsione.

²⁶⁰ McGee v. Attorney General (174) IR 311.

²⁶¹ Brennan op. cit., pag.120.

²⁶² Walsh, “*the origins of Human Rights*” in Rett Og Rettsal (Oslo)1984 649 a pp.654-655.

²⁶³ Walsh, “*The European Court of Human Rights*”, 2 Conn. J. Int'L.271,275(1987)

²⁶⁴ L'espressione può essere tradotta “*non definita*” oppure “a significato aperto”.

Il Giudice Walsh, nella più volte citata sentenza *McGee v. Attorney General*, offre una soluzione all'interpretazione di previsioni come questa.

Egli dice:

*“nella difficile e doverosa opera di identificare questi diritti ci sono alcune linee guida presenti in Costituzione per il giudice, comprese la sua struttura e significato intrinseco.”*²⁶⁵

Questa, d'altra parte, è stata l'opinione del giudice Goldberg nella sentenza *Griswold*.

Il significato del IX Emendamento trova la sua fonte nella struttura e significato della stessa Costituzione e nelle tradizioni che riflette. Anche se condivideva il pensiero della maggioranza dei giudici, indicato dall'opinione di Douglas, che la *privacy* avesse protezione e fondamento in una serie di emendamenti e articoli costituzionali, egli affermò di non voler lasciare questo nuovo importante diritto in questa pericolosa “*penombra*”.

²⁶⁵ McGee v. Attorney General (1974)IR 284,318(opinione Walsh).

Egli affermò che questo diritto è protetto dal IX Emendamento perché la sua negazione “*violerebbe quei fondamentali principi di libertà e giustizia che sono alla base delle nostre istituzioni civili e politiche*”²⁶⁶.

La *privacy* invece, oggi, sembra essere trattata dalla giurisprudenza americana come un diritto che non ha bisogno di essere bene identificato nella sua fonte costituzionale, anche perché molto spesso lo si ritiene di natura secondaria ed è, quindi, più esposto alle violazioni da parte leggi ordinarie.

Secondo Brennan e altra parte della Dottrina, il ragionamento del Giudice Goldberg poteva estendersi anche alla contestata sentenza *Roe v. Wade* e all’intera dottrina della *privacy* per darle un terreno “*più sicuro*.” *Più sicuro perché, anche se il IX Emendamento è “open-ended”, esso impone alle Corti di proteggere diritti di tipo simile (il sottolineato è mio n.d.r.) a quelli che sono enumerati*”²⁶⁷.

Il criterio della “**similitudine**” con diritti già presenti nel testo, secondo l’autore, darebbe la sicurezza ai giudici di non essere accusati di “legiferare dai tribunali” quando dovessero riconoscere valore a diritti “**non nominati**”.

Si limiterebbe la “pericolosa” discrezionalità della scelta, alla protezione di quelle esigenze che sono implicitamente affermate dai Padri della

²⁶⁶ 381 U.S. at 493.

²⁶⁷ Brennan, op. cit., pag.121.

Costituzione, perché essi avevano provveduto per esigenze “simili”, ma non per “altre”.

I Giudici, in questo modo, si preservano anche dall'accusa di riportare in auge la dottrina sottesa alla sentenza *Lochner*, in quanto, il diritto riconosciuto in quella sentenza non era comparabile con altri diritti presenti nel testo, con un'analisi delle istituzioni americane o della tradizione giuridica.

Quel diritto, il diritto a concludere contratti di lavoro nei termini che si ritengono i migliori, oscuramente affermato come protetto dalla *Due Process Clause*, non tanto è **non enumerato**, è non fondamentale nell'ordine costituzionale americano.

Capitolo Sesto

L'aborto, il diritto alla vita del nascituro e il ruolo della Corte Suprema

L'importanza delle vicende verificatesi recentemente in Irlanda riguardo al diritto di aborto, mi impongono di dedicare un intero capitolo, quello finale, alla trattazione giuridica di un tema così fondamentale.

In una tale questione, si propongono infatti all'attenzione del giurista vari aspetti di primaria rilevanza che riguardano il tema oggetto di questa tesi cioè i diritti fondamentali, e, più in generale, i rapporti tra le istituzioni politiche e giuridiche irlandesi e tra queste stesse ed i cittadini.

Il problema dell'aborto in Irlanda è stato caratterizzato da un'inerzia a livello politico che ha impedito una responsabile presa di posizione sull'argomento ed ha indotto la giurisprudenza a confrontarsi con la risoluzione dei conflitti che singolarmente le si presentavano davanti.

Quello dell'inerzia del Parlamento è stato uno dei problemi politici più pressanti degli ultimi decenni; è facile notare che nei vari partiti non

emerge una chiara maggioranza *pro* o *contra* un cambiamento e ciò ha impedito la regolamentazione di grandi temi etici e sociali²⁶⁸.

I due principali partiti politici, infatti, dopo la guerra civile non si sono divisi tra conservatori e progressisti ma in base al loro favore o alla contrarietà al trattato Anglo-Irlandese del 1921.

Inoltre questa inerzia deriva dal fatto che la società irlandese è radicalmente divisa su materie come uso dei contraccettivi, divorzio, omosessualità ed eutanasia, ed in essa si esprimono solo posizioni estreme ed inconciliabili.

Una forte influenza su questo atteggiamento è quella della Chiesa Cattolica, la quale, ha frenato la nascita di nuovi valori in tema di morale sociale e sessuale e ad essa si sono opposti movimenti progressisti che vogliono maggiore liberalizzazione su tali temi.

Su molte delle grandi questioni morali e sociali, allora, si è dovuta esprimere la giurisprudenza, sviluppando il materiale normativo a sua disposizione e rischiando di cadere nelle accuse di “attivismo interpretativo”.²⁶⁹

²⁶⁸ David Gwynn Morgan, *Lineamenti di diritto costituzionale irlandese*, Giappichelli, Torino, 1998, pag.39. Titolo originale *Constitutional Law of Ireland*, 2nd Editino, The Round Hall Press, Blackrock, 1990.

²⁶⁹ Vedi la dottrina degli “**unenumerated rights**” e le critiche ad essa nei cap III e IV.

Ad essa è stata delegata la risoluzione dei conflitti che il Parlamento non sapeva affrontare.

Così, per esempio come abbiamo visto, il diritto alla *privacy* coniugale ha avuto un primo riconoscimento da una sentenza, il caso *McGee*²⁷⁰; nel caso *Murphy v. A.G.*²⁷¹ si realizzò una riforma tributaria intervenendo sulla differenziazione tra coppie sposate e non sposate eliminando lo svantaggio esistente a carico delle prime; nel caso *Norris*²⁷², anche questo analizzato nei precedenti capitoli, si trattò l'importante tema delle leggi penali contro gli omosessuali.

Infine, anche sul tema dell'aborto la giurisprudenza è stata costretta a svolgere un ruolo di primo piano e di guida in quello che dovrebbe essere prerogativa del Parlamento: operare le scelte fondamentali di una società.

Su tale questione però anche il Popolo Irlandese ha svolto un ruolo ugualmente importante; è stato, infatti, chiamato ad esprimere il proprio consenso su riforme costituzionali con le quali è intervenuto in più occasioni nel dibattito.

²⁷⁰ (1974) I.R. 284.

²⁷¹ (1980) I.R.242.

²⁷² (1984) I.R.36.

La regolamentazione dell'aborto prima del 1983

La legge che rendeva e rende illegale l'aborto è *l'Offence against the Person Act* del 1861 che si applicava, essendo una legge emanata da Londra al tempo dell'“Unione” con l'Irlanda, anche all'Irlanda del Nord, all'Inghilterra e al Galles; in questi ultimi tre paesi è stata poi modificata dall'*Abortion Act* del 1967 che ha ivi legalizzato l'aborto in alcune circostanze da essa specificate.

La legge in questione afferma:

Chiunque con l'intento di procurare ad una donna un aborto, somministri illegittimamente ad essa un veleno o altra cosa nociva, oppure utilizzi illegittimamente strumenti al fine di procurare un aborto... commette reato.

Sulla base di tali parole, che puniscono l'aborto, si riteneva comunemente che in alcuni casi gravi (p.es. la gravidanza ectopica oppure cancro dell'utero) l'aborto fosse permesso perché “legittimo” in quanto operato per salvare la vita della madre.²⁷³

²⁷³ Gerard Hogan, *Law Liberty and the Abortion Controversy*, in Anthony Whelan(ed.), *Law and Liberty in Ireland*, Oak Tree Press, Dublin, 1993,

L'aborto terapeutico era una categoria di trattamenti medici dalla difficile definizione; era incerto infatti se casi come l'ipertensione cardiaca, che avrebbe potuto portare alla morte della madre che continuava una gravidanza, fosse compresa nella categoria data la non certezza dell'evento morte in casi del genere.

Si riteneva, inoltre, che il diritto alla vita del nascituro avesse una protezione anche a livello costituzionale.

Infatti anche se la Costituzione non faceva espresso riferimento al divieto di aborto, molte sentenze dell'Alta Corte e della Corte Suprema affermarono che essa lo proibiva in maniera indiretta.

Per esempio nel caso *McGee* il giudice Walsh affermò:

ogni azione da parte sia della moglie o del marito o anche dello Stato intesa a limitare il numero dei componenti della famiglia mettendo in pericolo o distruggendo una vita umana, deve necessariamente essere non solo un reato contro il bene comune ma anche contro i diritti personali garantiti della vita umana in questione.

Nei primi mesi del 1983, inoltre, il giudice O'Higgins affermò nel caso *Norris* che niente nella Costituzione potesse invalidare la legge contro l'aborto:

La legge ha sempre condannato l'aborto, l'incesto, il tentativo di suicidio, l'eutanasia. Queste condotte sono punite perché sono moralmente sbagliate senza riguardo al fatto, possibile in alcuni casi, che non è coinvolto nessun male verso altre persone.

In questo quadro complessivo, in cui si vietava fermamente l'aborto, fermentavano però gruppi di pressione che chiedevano una maggiore liberalizzazione e l'indirizzo seguito dalla Corte Suprema sul tema della *privacy*, dava ad essi forza e argomenti per ottenere ciò che chiedevano.

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti infatti, la Corte Suprema aveva seguito la linea portata avanti dalla giurisprudenza americana nel diritto alla *privacy*.

La prima sentenza irlandese sull'argomento, la *McGee v. Attorney General*, aveva in parte ricalcato la sorella maggiore americana *Griswold v Connecticut*²⁷⁴, citandola anche esplicitamente, che aveva avuto il medesimo oggetto: dichiarare incostituzionali le leggi contro l'utilizzo dei contraccettivi.

Dalla sentenza *Griswold*, la Corte Suprema americana aveva garantito una iniziale tutela giurisdizionale del diritto alla *privacy* e, dopo varie sentenze successive, era giunta, nella *Roe v Wade*²⁷⁵, ad affermare il diritto

²⁷⁴ 381 U.S. 479 (1965)

²⁷⁵ 410 U.S. 113 (1973)

delle donne di abortire perché espressione particolare di quello stesso diritto.

Nonostante la diffusa opinione che la Costituzione irlandese implicitamente vietasse una legislazione permissiva dell'aborto, alcuni giuristi e alcuni gruppi come il “*Movimento per il nascituro*”, paventarono il pericolo che in futuro le Corti avrebbero potuto prendere spunto da quella decisione americana per riconoscere un diritto costituzionale delle donne all'aborto anche in Irlanda²⁷⁶.

L'Emendamento costituzionale del 1983 ed il “caso X”

In una tale situazione, dopo un'aspra contesa politica, fu introdotto l'VIII Emendamento che ha chiaramente affermato il diritto del nascituro alla vita ed insieme ad esso il correlativo diritto della madre.

E' stato inserito, infatti, l'articolo 40.3.3 che così recita:

Lo Stato riconosce il diritto alla vita del nascituro e, con il debito riguardo al pari diritto alla vita della madre, garantisce con le sue leggi il rispetto e, per quanto possibile la tutela e l'azionabilità di tale diritto.

Con questa formalizzazione si è chiarito in Irlanda ciò che esisteva anche prima dell'Emendamento; il fatto che, cioè, si poteva realizzare un

aborto solo se fosse stato in gioco un alto e fondato rischio per la vita della madre.²⁷⁷

Anche con la possibilità che il feto potesse morire o nascere con gravi malformazioni, l'aborto non sarebbe stato permesso se non vi fosse stato implicato un grave rischio per la vita della madre.

Rinforzando il preesistente divieto di aborto, i promotori del *referendum* avevano inteso impedire, quindi, sia alle Corti sia al Parlamento, una qualunque forma di liberalizzazione sul tema e vi riuscirono, sotto vari aspetti, negli anni seguenti.

In due importanti casi guida, infatti, questo rafforzamento diede i suoi frutti; si tratta delle sentenze *A.G. v Open Doors Counselling*²⁷⁸ e *SPUC v Grogan*²⁷⁹ sul tema connesso dell'attività di informazione alle donne incinte sulle varie opzioni a loro aperte, incluso l'aborto.

La *Open Doors Counselling* era un'organizzazione che forniva questo tipo di consulenze; se le donne che si rivolgevano ad essa avessero scelto per l'aborto, l'organizzazione in questione avrebbe indicato loro cliniche di altri paesi, soprattutto quelle inglesi, dove si sarebbe potuta ottenere un'interruzione di gravidanza.

²⁷⁶ Robert A. Pearce, *Abortion and the right to Life under the Irish Constitution*, Public Law 1993, pag 388.

²⁷⁷ Hogan, op. cit. pag. 118

²⁷⁸ (1988)I.R. 593

²⁷⁹ (1991) 62 C.M.L.R. 849

Nel caso *Grogan*, invece, era interessata un'associazione di studenti che aveva redatto un libretto informativo indirizzato a donne studentesse, contenente varie informazioni dirette a fornire ad esse assistenza.

In tale libretto era compreso un elenco di indirizzi e numeri di telefono delle cliniche inglesi dove era possibile ottenere un aborto.

Le suddette associazioni, seppur in tempi diversi, ricevettero *injunctons* dalle Corti che impedivano loro di continuare l'attività, e nelle sentenze che seguirono le rispettive *injunctons*, furono entrambe condannate penalmente.

Quel tipo di attività di informazione fu, così, inibita definitivamente in Irlanda sulla base delle disposizioni costituzionali a tutela della vita del nascituro. Secondo le Corti, infatti, questo tipo di organizzazioni anche se non consigliavano direttamente l'aborto e non lo procuravano esse stesse, contribuivano con la loro attività a far sì che le donne viaggiassero all'estero per ottenere un aborto e contribuivano così a violare il diritto alla vita del nascituro garantito costituzionalmente.

Il viaggio di molte ragazze e donne irlandesi oltre confine verso l'Inghilterra era una triste pratica, ancora viva oggi, che interessava sempre più persone.

Solo durante gli anni '80, più di 37000 interruzioni di gravidanza vennero praticate in Inghilterra su donne che avevano un indirizzo in Irlanda²⁸⁰. Il numero reale secondo alcuni è significativamente maggiore.²⁸¹

L'evento che cambiò il corso della legge fu il cosiddetto “**Caso X**” noto anche come *Attorney-General v X*²⁸².

I fatti sono ben conosciuti in Irlanda dato che hanno occupato per molto tempo l'interesse dell'opinione pubblica e hanno provocato qualche mutamento di opinione.²⁸³

La ragazza al centro della controversia aveva 14 anni ed era rimasta incinta dopo aver subito abusi sessuali da parte del padre di una sua amica per più di un anno.

La ragazza dimostrava gravissimi segni di depressione e aveva tentato più volte il suicidio.

La famiglia dopo ansiose considerazioni decise per l'aborto e organizzò un viaggio in Inghilterra per ottenerlo.

Il procuratore Generale venuto a conoscenza dell'intenzione di espatriare proprio dalla famiglia, che voleva rendere disponibili eventuali

²⁸⁰ Pearce, op. cit., pag. 387.

²⁸¹ Marie Fox and Therese Murphy, “*Irish abortion: seeking refuge in a jurisprudence of doubt and delegation*” (1992) 19 *Journal of Law and Society*, pag. 463.

²⁸² (1992) I.L.R.M. 401.

²⁸³ Morgan, op. cit., pag. 43.

prove della subita violenza, chiese e ottenne un' *injunction* dall'Alta Corte per il loro ritorno, alla quale *injunction* gli interessati obbedirono.

Un immediato appello alla Corte Suprema però, portò ad una riforma della sentenza dell'Alta Corte e permise alla ragazza di lasciare il paese nel giro di pochi giorni e di abortire.

Con la decisione *Attorney General v X*, la Corte Suprema seguì un'interpretazione dell'Emendamento Costituzionale che ancora oggi sembra avere vigore e che, però, ricevette da subito molte critiche negative.

La Corte partì dalla convinzione, diffusa anche in precedenza, che l'Emendamento costituzionale non proibisce l'aborto in tutte le circostanze.

Esso richiede infatti un bilanciamento tra il diritto alla vita della madre e quello del concepito.

Per la maggioranza dei giudici questo bilanciamento deve aver presente tutte le previsioni della Costituzione e non solo quelle riguardanti il diritto alla vita; si deve rivolgere lo sguardo infatti, come abbiamo notato nel capitolo III, alla Costituzione intesa come un "*tutto armonico*" per derivare un significato appropriato delle singole disposizioni in essa contenute.

In questo caso si evidenziarono altri diritti coinvolti; sono quelli del gruppo familiare con il quale la ragazza ha un legame di dipendenza, quelli delle persone che dipendono da lei e le interazioni tra lei ed altri membri della società nelle aree nelle quali le sue attività si svolgono.

Quando, inoltre, un vero e proprio bilanciamento non sarebbe possibile, perché i due diritti alla vita si equivalgono e non possono essere entrambi garantiti, bisogna evidenziare una “gerarchia” tra i diritti coinvolti per tutelarne uno in maniera maggiore.

Ancora, come evidenziato dal giudice McCarthy il bilanciamento tra i due diritti, proposto dalla Costituzione stessa, non sarebbe mai possibile nel vero senso della parola perché mentre con l’aborto il diritto alla vita del nascituro viene sicuramente meno, la continuazione della gravidanza non porta sempre, indipendentemente da quanto alto sia il grado di probabilità, alla morte della madre.

Sulla base di queste considerazioni, quindi, l’**“interpretazione armoniosa”** della Costituzione non deve necessariamente raggiungere l’estremo alto grado di probabilità che la vita della madre venga meno.

In questa luce, insistere in un inevitabile e immediato rischio di morte nel caso in questione, non avrebbe salvaguardato sufficientemente il diritto alla vita della madre.

Il giudice Finlay, quindi, parlando per la maggioranza dei giudici, concluse il suo ragionamento affermando *“che il giusto test da applicare è quello per cui se si stabilisce, per una questione di probabilità, che c’è un reale e sostanziale rischio di vita, come distinto dalla salute della madre, il quale rischio può essere evitato solo con l’interruzione della gravidanza, quest’interruzione è*

possibile avendo riguardo alla vera interpretazione della disposizione costituzionale”.

I giudici di questa sentenza ritennero che il rischio di suicidio emerso dai fatti, poteva soddisfare positivamente quel test proposto dalla Costituzione.

Dopo la sentenza sul caso X quindi, l'interpretazione dell'art.40.3.3 (introdotto con l'VIII Emendamento) estese la possibilità di aborto non solo quando era a rischio la vita della madre per cause fisiche, ma anche quando questo rischio derivava da cause psicologiche proprie della donna interessata.

Questa estensione fu criticata da una parte dell'opinione pubblica e del mondo accademico che paventavano una legalizzazione dell'aborto sulla constatazione che il mondo psicologico di una persona è quanto di più soggettivo si possa immaginare per basarvi un test di legalità.

Le critiche, inoltre, si appuntarono sulle prove raccolte nel processo, le quali si basarono solo su relazioni di psicologi che avevano visitato la ragazza, mentre l'interessata non era mai stata sentita dai giudici.

I referendum del 1992 e la decisione della Corte Suprema del 1995

Le reazioni alla sentenza del caso X portarono alla formulazione di tre Referendum costituzionali che trattavano tre temi connessi, nati dagli eventi occorsi negli anni precedenti.

Due di essi riguardavano rispettivamente il diritto delle donne di viaggiare, anche se incinte, che non doveva essere limitato dal diritto alla vita del nascituro affermato nell'art. 40.3.3, e il diritto di diffondere informazioni nello Stato su pratiche abortive.

Il terzo riguardava invece l'aspetto sostanziale del diritto alla vita del nascituro (*substantive issue*) e si proponeva di superare i risultati della sentenza sul caso X, non considerando legittimo avere un aborto anche se la madre minacciasse di suicidarsi, limitando quindi le cause giustificatrici a cause fisiche e non psicologiche.

Questo Emendamento venne respinto con il 65,4% dei voti, mentre gli altri due furono approvati rendendo lecite le attività di consulenza ginecologica, prima vietate, e legalizzando quei "viaggi" in Inghilterra che molte giovani ragazze e donne irlandesi da anni intraprendevano per ottenere un aborto.

Ambedue hanno aggiunto due nuove disposizioni nell'articolo 40.3.3.

La lettera del XIII Emendamento recita:

il presente comma non limita il diritto di viaggiare da uno Stato ad un altro Stato.

Quella del XIV Emendamento invece afferma:

Il presente comma non pone limiti alla libertà di ottenere o rendere disponibili, nello Stato, nel rispetto delle condizioni fissate dalla legge, le informazioni relative ai servizi lecitamente disponibili in un altro Stato.

La sentenza della Corte Suprema 12/5/1995

Dopo l'approvazione dei due referendum si scatenò un acceso dibattito tra quelli che li consideravano un'anticamera alla liberalizzazione dell'aborto, e quelli che invece plaudevano alle libertà affermate con il voto popolare.

Organizzazioni come il *Movimento per il nascituro* ritenevano che il permesso di diffondere informazioni sulle pratiche abortive costituisse un'assistenza nella distruzione della vita del concepito e doveva essere vietata dallo Stato.

Lo Stato, quindi, nel permetterli avrebbe negato seppur indirettamente, quel diritto alla vita che invece proclama di voler tutelare con l'articolo 40.3.3.

Naturalmente ancora più controversa è la affermata libertà di viaggiare verso altri Stati per ottenere un'interruzione di gravidanza, libertà che permette a tutte le donne di abortire nella vicina Inghilterra, come ormai è sofferta consuetudine.

Dal punto di vista giuridico, come abbiamo visto nel IV Capitolo dedicato all'interpretazione costituzionale, coloro che avversavano i

risultati dei referendum volevano che fossero annullati con argomentazioni basate sul Diritto Naturale²⁸⁴.

Il valore fondamentale della vita del nascituro è infatti superiore ad altri pur presenti nella Costituzione perché basato e garantito direttamente dal Diritto Naturale. Dato che secondo questi giuristi il Diritto Naturale è il fondamento e la giustificazione del diritto positivo, compresa la Costituzione, tutti gli Emendamenti contrari ad esso non possono far parte del documento giuridico fondamentale.

Questo ragionamento ebbe la propria applicazione pratica, come abbiamo visto, nella sentenza della Corte Suprema del 12/5/1995 ed è stato fermamente rigettato.

L'oggetto in discussione in questa sentenza, era la legge che dava applicazione al XIV Emendamento riguardante la libertà di fornire informazioni sulle cliniche estere che praticavano l'aborto.

Tale legge, la *Regulation of information Bill 1995*, che forniva i criteri in base ai quali le informazioni sull'interruzione di gravidanza dovevano essere fornite, compreso l'obbligo, imposto a ogni istituzione di consulenza, di scoraggiare un'eventuale scelta abortiva, fu rinviata ex art. 26 alla Corte Suprema dal Presidente irlandese per un controllo di costituzionalità prima

²⁸⁴ Vedi per tutti Roderick O'Hanlon, *Natural Rights and the Irish Constitution*, (1993) 11 ILT, pag.8.

di essere promulgata. In questa sede si presentarono quelle argomentazioni basate sul Diritto Naturale che tentavano di attaccare la legge in esame e, tramite essa, l'intero XIV Emendamento.

La Corte Suprema si è trovata per la prima volta, dunque, esplicitamente, nella difficile posizione di dover giudicare la volontà popolare ed eventualmente far prevalere su di essa criteri che, per quanto fondati, rimanevano sempre nel campo delle opinioni.

Erano, infatti, molte le accuse di antidemocraticità che si scagliavano contro un'eventuale decisione che sconfessasse la volontà sovrana del popolo nella regolamentazione di quell'aspetto specifico della questione aborto.²⁸⁵ Le critiche ad una tale decisione di annullamento, affermavano che questioni così vitali per una società civile non possono essere risolte da un gruppo di giudici non eletti le cui opinioni valgano di più e sostituiscano quelle liberamente espresse da cittadini nei modi previsti dalla Costituzione.

La Corte Suprema ha riconosciuto, invece, la superiorità della volontà dei cittadini ed ha ritenuto legittimo l'Emendamento che permette la diffusione di informazioni sul tema dell'interruzione di gravidanza, secondo i criteri posti dalla legge impugnata.

La Corte infatti afferma nella sentenza:

²⁸⁵ G.F.Whyte, *Natural Law and the Constitution*, *ILTM* (1996) pag.9

Lo scopo di questo Emendamento era di rimuovere quegli ostacoli alla libertà di informazione riguardante i servizi relativi all'interruzione volontaria di gravidanza posti dalle Sentenze della Corte Suprema fondate sull'originario art. 30.3.3. Il XIV Emendamento ha fornito al Parlamento il potere di fissare le condizioni al rispetto delle quali le informazioni potevano essere fornite o rese disponibili ed ha espressamente stabilito che il paragrafo della Costituzione relativo al diritto alla vita del concepito non deve limitare la libertà di ottenere o rendere disponibili tali informazioni.

La Corte continua dicendo:

Il popolo era legittimato ad emendare la Costituzione secondo le previsioni dell'art. 46 e la Costituzione così modificata dal XIV Emendamento è la fondamentale e suprema legge dello Stato e rappresenta, come tale, la volontà del popolo.

La “volontà del Popolo” aveva voluto superare le sentenze della Corte Suprema prima citate, la *Open Doors Counselling* e il caso *Grogan*, e la Corte stessa vi si è piegata.

Il tema dell'aborto, in conclusione, è regolato ancora oggi dall'art.40.3.3 che riconosce il diritto alla vita del feto e dalla interpretazione datane dal caso X, per cui anche il rischio di suicidio può giustificare un aborto. La Corte Suprema però, in quella sentenza, sembra aver lasciato aperte altre

possibilità attraverso cui riconoscere ulteriori circostanze che giustificerebbero un aborto in Irlanda²⁸⁶.

I referendum hanno, poi, permesso quelle attività di consulenza e la libertà di viaggiare all'estero. Questi, in realtà, non hanno cambiato molto nei fatti.

D'altra parte i preesistenti divieti di disseminare informazioni non avevano impedito ad un numero come 5000 donne irlandesi all'anno di ottenere un aborto in paesi stranieri, in condizioni, spesso, di difficoltà medica e psicologica²⁸⁷. Oggi, quindi, le donne sono legittimate a prendere la nave o l'aereo per l'Inghilterra ed avere un'interruzione di gravidanza.

Questa situazione ambigua, per cui vietando l'aborto *nel diritto esso nei fatti* si ottiene comunque seppure a 12 ore di distanza tra viaggio in traghetto ed in automobile, dovrà essere risolta nei prossimi anni, e i futuri sviluppi potranno venire o da leggi del Parlamento oppure, come spesso è accaduto fino ad oggi, tramite sentenze della magistratura.

E' certo, però, che non ci si può illudere di risolvere questi problemi così importanti a colpi di sentenze perché, se può essere anche comodo per una classe politica nascondere in questo modo la propria inerzia su tali argomenti, tutto ciò non è una soluzione coerente con i bisogni di una società democratica e responsabile e, anzi, può rappresentare un pericolo

²⁸⁶ Pearce, op. cit., pag. 400.

²⁸⁷ Whyte, op. cit., pag. 11.

ANDREA TERRINONI

I diritti fondamentali nella Costituzione Irlandese

per il principio della separazione dei poteri nello Stato e per eventuali abusi correlati ad una sua violazione.

Bibliografia essenziale:

- BALL F. E., *The Judges in Ireland 1221-1921*, New York, 1927.
- BALYN B., *The ideological Origins of the American Revolution*, 1968.
- BECKETT James Camlin, *A short history of Ireland*, London, 1952.
- BENTHAM J., *Anarchical fallacies, Being an analysis of the declaration of rights issued in during the French Revolution*, in J.Bowring ed. *The works of J.Bentham* (1962) vol.2.
- BETH, *The development of Judicial review in Ireland 37-67*, Institute of Public Administration, Dublin, 1967.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata, a cura di G.Crifò, Giuffrè, Milano 1990.
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1948.
- BEYTAGH Francis, *Constitutionalism in contemporary Ireland : An American prospective*, Dublin : Sweet & Maxwell , 1997.
- BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, *La Costituzione dell'Irlanda (EIRE)*, Testi Costituzionali , 1946.
- BOBBIO Norberto, *Locke e il diritto Naturale*, Giappichelli, Torino, 1963.
- BOBBIO Norberto, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997.
- BORK Robert, *The tempting of America. The political Seduction of the law*, New York, 1990.

BRAND Paul, *The making of common law*, The Hambledon Press, London, 1992.

CASEY James, *Constitutional law in Ireland*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

CHUBB Basil, *The politics of Irish Constitution* Institute of Public Administration Dublin, 1991.

CHUBB Basil, *The constitution and constitutional change in Ireland*, Institute of Public Administration, Dublin, 1978.

CLARKE Desmond M., *Emergency Legislation, Fundamental Rights and art. 28.3.3, II*, 1977.

CLARKE Desmond M., *The constitution and Natural Law: A replay to Mr Justice O'Hanlon*, 1993, *ILT* 9.

CLARKE Desmond M., *The role of Natural Law in Irish Constitution*, 1982, 17 *II*, 187.

CONNELLY A., *The Constitution*, in A. Connelly (ed.), *Gender and the law in Ireland*, Dublin Oak tree press, 1993.

CORWIN E., *the 'Higher Law' Background of American Constitutional Law*, 1955.

COSTELLO Declan, *The natural law and the Irish Constitution*, *Studies*, (winter 1956).

COUPLAND Reginal, *The American Revolution and the British Empire*,

London, 1930.

CURTIN and O'KEEFF eds, *Constitutional Adjudication in European Community Law and National Law*, Dublin, 1992.

DE BLACAM Marc, *Justice and Natural law*, IJ 1997.

DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, 1886.

DONALDSON A. Gaston, *Some comparative aspects of Irish law*, Cambridge University Press, London, 1957.

DOOLAN Brian, *Constitutional law and Constitutional Rights in Ireland*, Gill & Macmillan, Dublin 1994.

DUNCAN William, *Can Natural law be used in constitutional interpretation?*, in *Doctrine and life* 45, Dublin, 1995.

ELY Jhon Hart, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1980.

ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di interpretazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Esi, Napoli, 1983.

FARREL Brian, *De Valera's Constitution and ours*, Gill&McMillan. Dublin, 1988.

FELDMAN David, *Civil liberty and Human Rights in England and in Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

FINNIS J.M., *Natural law and natural rights*, Oxford Clarendon Press 1980.

FORDE M., *Constitutional Law of Ireland*, Mercier Press, Dublin 1987.

FOX Marie and MURPHY Therese, *Irish abortion: seeking refuge in a jurisprudence of doubt and delegation*, 1992, 19 *Journal of Law and Society*.

FREYNE Sean, *Natural law and the constitution: a reponse*, in *Doctrine and life* 45, Dublin, 1995.

FROSINI V., *La lettera e lo Spirito della legge*, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

GAVISON Ruth, *Natural law, positivism and the limits of Jurisprudence. A modern round*, *Yale Law Journal* vol 91, 1982.

GOUGH J., *Fundamental law in English Constitutional History*, 1955.

GROGAN V., *Constitution and natural law*, Christus Rex, 1954.

HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, trad. it. di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965.

HOGAN G., *Constitutional interpretation*, in Litton ed., *The constitution of Ireland, 1937-1987* (Dublin, 1987).

HOGAN G., *Unenumerated Personal Rights Ryan's case re-evaluated*, in Osborough(ed.), *Essay in Honour of John M. Kelly*, Dublin, 1994.

HUMPHREYS Richard, *Constitutional Interpretation*, Dulj, 1993.

HUMPHREYS Richard, *Intepreting natural Rights*, II, 1995.

JENNINGS, *The law and the Constitution*, University of London Press, 1967.

JACONELLI Joseph, *Human Rights guarantees and Irish Home Rule*, II 1990-

92.

KEE Robert, *Storia dell'Irlanda*, Bompiani, Milano, 1995.

KELLY J.M., *Fundamental Rigths in the Irish Law and Constitution*,
Dublin, 1967.

KELLY J.M., *The Irish Constitution*, by Gerard Hogan, Gerry Whyte,
Butterworths, London, 1994.

KEITH Arthur Berriedale, *Constitutional History of the First British Empire*,
Oxford, 1930.

KOHN Leo, *The Constitution of Irish Free State*, London, 1932.

LOCKE John, *Two treatises of Government*, P. Laslett, Cambridge University
Press, 1967.

MACCNEILL Eoin , *Studies in the Constitution of the Irish Free State*, Dublin,
1925.

MaCCORMIK N., *La Congruenza nella giustificazione giuridica*, in
Comanducci P., R. Guastino (a cura di), *L'analisi del
ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987.

MAITLAND F.W., *The Constitutional History of England*, London, reprinted
1931.

MARITAIN, *The Rights of man and Natural Law*, (trad. It.) Edizioni di
Comunità ,1953.

MATTEI Ugo, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 1996.

MENGONI, *Problemi e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in Jus,
1976.

MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1998.

MORGAN Gwynn David, *Constitutinal interpretation. Three Cautionary Tales*, (1988), 10 DULJ 24.

MORGAN Gwynn David, *Constituional Law of Ireland*, Dublin 1990.

MORGAN Gwynn David, *Constitutional interpretation*, DULJ 1993.

MULLALLY Siobhan, *Searching for foundations in Irish Constitutional Law*, II (1998).

MURPHY Tim, *Democracy, natural law and the Irish Constitution*, 1993, ILT April.

MURPHY Tim (ed.), *Ireland's evolving Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

O'HANLON Roderick J., *Natural rights and the Irish Constitution*, 1993, 11 ILT 8.

O'HANLON - Roderick J., *The judiciary and the moral law*, 1994, ILT.

O'HIGGINS (ed.), *The Constitution and the Citizen*, in *Essays in memory of Alexis FitzGerald*, ed. by Patrick Lynch, Incorporated Law Society of Ireland, Dublin 1987.

O'HIGGINS (ed.), *The common law tradition*, Irish academic Press, Dublin, 1990.

- O'REILLY (ed.), *Human Rights and Constitutional Law: Essays in Honour of Brian Walsh*, Round Hall Press, Dublin, 1992.
- OSBOROUGH W.N., *The Failure to enact an Irish Bill of Rights: A Gap in Irish Constitutional History*, IJ 98.
- PACE Alessandro, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Cedam, Padova, 1996.
- PARKER J. Wilson, *Must Constitutional rights be specified?*, IJ 1997.
- PEARCE Robert A., *Abortion and the right to life under the Irish Constitution*, Public Law 1993.
- QUINN Gerard, *Justice and Legal Theory in Ireland*, Oak Tree Press, Dublin, 1995.
- QUINN Gerard, *Legal Change, Natural Law and The authority of Courts*, in *Doctrine and life* 45, Dublin, 1995.
- RAVA' Tito, *Introduzione al diritto della Civiltà Europea*, Cedam, Padova 1982.
- RICHARDSON and SAYLES, *The Irish Parliament in the Middle Ages*, Philadelphia, 1952.
- STONE Richard, *Civil liberties*, Blackstone Press Limited London, 1994.
- TARELLO Giovanni, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni Comunità, Milano, 1972.
- TWOMEY Adrian F. , *The death of Natural Law?*, ILT 13 1995.
- TUCK Richard, *Natural rights theories: their origin and development*, Cambridge University press, 1979.

VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione*, Laterza, Bari, 1999.

WHELAN Anthony (ed.), *Law and Liberty in Ireland*, oak tree Press, Dublin, 1993.

WHITE Gerry F., *Natural Law and the Constitution*, ILT 14 1996.

WRIGHT B., *American interpretations of natural law*, Russel & Russel, New York, 1962.

YORK LONGLAY Neil, *Neither Kingdom nor Nation: the Irish quest for constitutional rights: 1698-1800*, The Catholic University of America Press, Washington, 1994.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, Torino.