

JÖRG LUTHER

è stato professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", membro designato della Commissione di Garanzia della Regione Piemonte e del Consiglio giudiziario presso la Corte d'Appello di Torino. È stato autore di numerose pubblicazioni scientifiche nel campo del diritto costituzionale e del diritto comparato, tra le quali *Il futuro della Costituzione* (con Gustavo Zagrebelsky e Pier Paolo Portinaro, Einaudi, 1996), *Esperienze di giustizia costituzionale* (con R. Romboli e R. Tarchi, Giappichelli, 2000), *I principi fondamentali della Costituzione Italiana* (con E. Malfatti ed E. Rossi, Plus, 2002) ed *Europa costituenda* (Giappichelli, 2007).

€ 49,00



J. Luther

Pratica dei diritti fondamentali

Jörg Luther

# Pratica dei diritti fondamentali

*Prefazione di*

Giovanni Boggero e Giovanni Cavaggion

*Postfazione di*

Gustavo Zagrebelsky



Giappichelli

# **Pratica dei diritti fondamentali**





IUSTITIAM COLIMUS



Jörg Luther

# Pratica dei diritti fondamentali

*Prefazione di*

Giovanni Boggero e Giovanni Cavaggion

*Postfazione di*

Gustavo Zagrebelsky



**Giappichelli**

© Copyright 2023 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4036-3

ISBN/EAN 978-88-921-9757-2 (ebook - pdf)

*L'opera è stata pubblicata con il contributo dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale - Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche Economiche e Sociali.*



*Il lavoro è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio da parte di due Professori Ordinari afferenti al settore concorsuale 12/C1 - Diritto costituzionale, secondo un procedimento concordato con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.*



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

	<i>pag.</i>
Prefazione	
<i>di Giovanni Boggero e Giovanni Cavaggion</i>	ix
Jörg Luther	
PRATICA DEI DIRITTI FONDAMENTALI	I
Postfazione. <i>Per Jörg</i>	
<i>di Gustavo Zagrebelsky</i>	317





## PREFAZIONE

*di Giovanni Boggero\* e Giovanni Cavaggion\*\**

È difficile dire se, al pari dei tanti esempi eccellenti che costellano la musica, la letteratura e le arti figurative, l'incompiutezza dell'opera che qui si presenta al lettore sia il marchio destinato, con il tempo, a conferirle un valore inestimabile. Certo è che tale incompiutezza non impedisce affatto, ma anzi aiuta a delineare il profilo intellettuale di Jörg Luther, autore del volume e nostro comune Maestro, prematuramente scomparso il 3 marzo 2020. Per tutto il corso della sua esistenza, egli è stato amaramente consapevole dell'impossibilità di raggiungere quella perfezione cui tanto l'accademico quanto l'artista non smettono mai di aspirare. Allo stesso tempo, egli è stato, però, altrettanto consapevole della necessità, per lo scienziato in generale e per il giurista in particolare, di continuare lo studio e la riflessione su quei temi che si sono meglio padroneggiati, nella prospettiva di un incessante perfezionamento del sapere. Non a tutte le proprie opere egli è riuscito a dare una forma compiuta o, comunque, coerente con quella immaginata, eppure anche a partire dai tanti lavori incompiuti, molti altri dei quali attendono ancora di essere sistemati e pubblicati, è possibile ricavare frammenti tanto cospicui quanto preziosi di scienza giuridica<sup>1</sup>.

---

\* Giovanni Boggero è ricercatore a t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

\*\* Giovanni Cavaggion è ricercatore a t.d. in Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-politici dell'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Cfr. sul punto A. Falzea, *Prefazione*, in S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 258, il quale nel presentare la pubblicazione postuma dell'opera di Pugliatti scriveva: «Ma, supposto che per i prodotti della scienza si possa legittimamente parlare di finitezza, nella cultura scientifica vi è posto soltanto per le opere finite? Non ha bisogno il sapere anche delle ricerche colte nel loro stesso divenire, ancora cariche di problemi insoluti, ma per ciò stesso suscitatrici di suggestioni e di stimoli, ancora formalmente incomplete e tuttavia già definite nella loro stessa problematicità? L'umanità non distingue nel suo ammirato consenso la pietà Rondanini e la pietà di S. Pietro».

Provvisoriamente data alle stampe in una ventina di esemplari per i Quaderni del dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Pisa dall'editore Giappichelli nell'aprile del 2000, la monografia *Pratica dei diritti fondamentali* è rimasta avvolta in una coltre di oblio durata più di due decenni. Tale oblio ha interessato l'autore in prima persona, il quale, soltanto nelle ultime settimane di vita, è riuscito nel proposito di recuperare il "manoscritto perduto" grazie al collega Rolando Tarchi<sup>2</sup>. Allo stesso tempo, l'oblio è stato mitigato dall'indicizzazione del volume e dalla sua acquisizione presso le biblioteche nazionali di Roma e Torino, oltretutto dalla sua circolazione presso alcuni colleghi delle Scuole torinese e pisana<sup>3</sup> e persino tra taluni giovani allievi del dottorato alessandrino, che da Luther è stato coordinato a partire dal 2013<sup>4</sup>. Tutt'altro che eccentrica, l'acquisizione presso le biblioteche nazionali doveva a quel tempo semmai considerarsi obbligata, visto che il manoscritto era stato presentato dall'autore ai fini dell'abilitazione alle funzioni di professore ordinario in un concorso locale presso l'Università di Teramo<sup>5</sup>. La circostanza che attraverso tale lavoro sia stata ottenuta l'idoneità per la prima fascia vale, peraltro, a qualificarlo come il prodotto della piena maturità scientifica di Luther e apice (almeno al tempo) della sua riflessione sul tema dei diritti fondamentali e del loro rapporto con la giustizia costituzionale. In seguito alla chiamata all'Università del Piemonte Orientale, tuttavia, Luther accantonò il proposito originario di ultimare a stretto giro il lavoro e, con il passare del tempo, quasi per inerzia, finì per relegarlo nel dimenticatoio.

Grazie a una ricerca condotta nel poderoso archivio della corrispondenza elettronica dell'autore, è possibile ricostruire attraverso le sue parole almeno le ragioni iniziali di questo inatteso abbandono. Nel febbraio del 2005 il collega e storico delle costituzioni Martin Kirsch, allora cattedratico dell'Università di Koblenz-Landau, era impegnato in un progetto di ricerca sulla storia dei diritti fondamentali in Europa nel periodo dal 1845 al 1847; incuriosito da quello "scritto quasi segreto sui diritti fondamentali" (*bei-*

---

<sup>2</sup>R. Tarchi, *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2012, 15.

<sup>3</sup>A. Pizzorusso, *La Costituzione, il diritto costituzionale e le altre discipline (Come vedono i costituzionalisti l'utilizzo della Costituzione da parte delle altre discipline)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, 187.

<sup>4</sup>E. Ponso, *Il diritto alla casa*, 2015, tesi dottorale del XXVIII ciclo del Dottorato di ricerca in Autonomie locali, Servizi pubblici e Diritti di cittadinanza dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro".

<sup>5</sup>J. Luther, *Il corso della vita mia*, Aracne, Roma, 2020, 41.

*nabe geheime Schrift zu Grundrechten*) Kirsch si metteva in contatto con Luther, non essendo riuscito a entrare in possesso del volume né attraverso un prestito interbibliotecario, né tantomeno con una richiesta di acquisto presso la *Staatsbibliothek* di Berlino. Con la consueta profusione di modestia, Luther rispondeva che il lavoro, “per nulla significativo” (*keineswegs gewichtig*), esisteva soltanto in una versione provvisoria a partire dalla quale “purtroppo non ne era stata tratta alcuna definitiva, non da ultimo per via di Nizza e altri lavori” (*Leider ist noch keine definitiva draus geworden, nicht zuletzt wegen Nizza u.a. Arbeiten*). Detto altrimenti, sia il tempo dedicato a scritti più urgenti e nuovi, sia il mutare del contesto giuridico-istituzionale, in particolar modo per via dell’adozione della cd. Carta di Nizza proprio nel 2000 e poi forse, ancora, per i successivi lavori della cd. Convenzione europea (2001-2003), avevano imposto a Luther di rimandare a un futuro imprecisato la conclusione dell’opera, la cui versione manoscritta ritrovata *post mortem* nell’ufficio del suo Maestro, Gustavo Zagrebelsky, era però stata anzitempo contrassegnata a mano dall’autore con la dicitura “copia di lavoro”. L’opera, in effetti, come mostra l’indice provvisorio, *ab origine* comprensivo delle parti mancanti del lavoro, avrebbe dovuto continuare snodandosi proprio attraverso un’indagine sul tema della protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nell’ambito di un capitolo sul costituzionalismo globale, collocato all’interno di una parte, la terza, dedicata alla multiculturalità nelle pratiche dei diritti fondamentali. Luther ha sempre conservato il desiderio, più volte manifestato negli ultimi anni della carriera anche ai suoi allievi, di rimettervi mano, rivedendo e completando il lavoro alla luce dei suoi studi successivi in tema di garanzia dei diritti nell’ordinamento internazionale e nel contesto comparato, oltretutto del mutato quadro culturale e normativo europeo, cui egli aveva dedicato attenzione in numerose opere minori e nelle dispense realizzate per gli studenti del corso di Diritti culturali, politici e sociali, da lui tenuto presso il Dipartimento di Culture, Politiche e Società dell’Università di Torino negli a.a. 2017/2018 e 2018/2019.

Ma che cosa aveva mosso Luther, nella seconda metà degli anni Novanta, ad abbozzare un lavoro che, secondo un’impostazione intellettuale che oggi si può a pieno titolo qualificare come tipica dell’autore, intreccia l’analisi storico-costituzionale “alla Fioravanti” e “alla Schiera” con il metodo e l’indagine comparatistica del Maestro tedesco Peter Häberle? A spiegarlo è lo stesso Luther nell’anzidetto scambio epistolare con Kirsch: “Nel merito ho cercato di partire dalla più consueta storia delle dichiarazioni e delle idee politiche e arrivare a una storia dei meccanismi di protezione giudiziaria e amministrativa [dei diritti fondamentali]” (*Inhaltlich versuchte ich, von der üblichen Geschichte der Erklärungen und politischen Ideen zu*

*einer Geschichte der gerichtlichen und administrativen Schutzmechanismen zu kommen*). La monografia, infatti, accoglie e sviluppa riflessioni sui rimedi alle lesioni dei diritti fondamentali, tema a cui Luther aveva peraltro dedicato già la propria tesi di dottorato in tedesco<sup>6</sup>, seppur non nella prospettiva della storia del diritto, che era invece presente nel coevo lavoro di approfondimento sui fondamenti storici della giustizia costituzionale<sup>7</sup>, ove aveva indagato le origini e il funzionamento dei primi modelli europei di tutela giurisdizionale dei diritti. Si può quindi affermare che *Pratica dei diritti fondamentali* sia il prodotto del proposito, non estraneo nemmeno all'indagine scientifica dei due decenni successivi<sup>8</sup> di riorientare l'indagine scientifica dall'idealismo della teoria al realismo della *pratica* dei diritti secondo una prospettiva a un tempo diacronica e sincronica.

La monografia si struttura in quattro parti, rispetto alle quali fungono da inquadramento generale alcune premesse metodologiche. In tali premesse Luther evidenzia come la dottrina giuspubblicistica debba emanciparsi da una riflessione puramente teorica sul fondamento delle “garanzie primarie” dei diritti fondamentali e affrontare di petto il tema delle “garanzie secondarie”, ossia delle procedure a loro tutela (amministrative prima ancora che giurisdizionali), ma anche della “retorica politica e sociale” o della “cultura civica” che rendono tali diritti rilevanti ed effettivi nella quotidianità dei rapporti giuridici. Prima di esaminare nel dettaglio alcune di tali *pratiche*, l'autore si interroga sul significato dell'espressione “diritto fondamentale”. L'indagine di Luther si snoda interrogando “la storia dei concetti” e le “convenzioni linguistiche” in uso nell'ordinamento italiano, secondo un approccio storico-filologico che avrebbe poi contraddistinto anche il metodo didattico dell'autore nel corso dedicato ai *Fundamental Rights in Europe*, insegnamento affidatogli, all'inizio in condivisione con la collega Mia Caielli, dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino a partire dall'a.a. 2011/2012 e mantenuto fino alla sua scomparsa. Da ultimo, Luther chiarisce di voler elaborare soltanto una «casistica delle pratiche» di garanzia dei diritti, più che teorizzare e valutare compiutamente il rendimento del «sistema delle garanzie», ossia ammette di poter indagare soltanto alcune delle specifiche pratiche che “garantiscono sicurezza” ai diritti fondamentali e, in particolar modo, quelle a partire dalle quali è

---

<sup>6</sup> *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1990.

<sup>7</sup> *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.

<sup>8</sup> Si veda, per tutti, *Realism and Idealism in the Italian Constitutional Culture*, in M. Adams- E. Hirsch Ballin-A. Meuwese (a cura di), *Constitutionalism and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 326-357.

possibile trarre, attraverso la comparazione, elementi utili a migliorare la tutela dei diritti in questione.

In quel periodo, a ridosso della conclusione dei lavori della Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (cd. Bicamerale D'Alema), l'attenzione non poteva che focalizzarsi su «tre discorsi di politica istituzionale» – allora assai meno di oggi – «soltanto in parte comunicanti tra loro». Il primo riguarda il mai sopito dibattito sull'introduzione del ricorso diretto alla Corte costituzionale, che Luther chiama “ricorso costituzionale” o “per diritti fondamentali”, così da distinguerlo dai ricorsi realmente diretti a tutela delle situazioni di potere di enti o organi dello Stato. Il secondo, di riflesso, tocca il tema della rivisitazione delle norme che presiedono al funzionamento della *Verfassungsbeschwerde* in Germania, istituto che esercita da sempre enorme fascino sulla dottrina italiana. Il terzo, infine, affronta, o meglio, avrebbe dovuto affrontare in chiave multilivello il tema (allora quasi pionieristico) della tutela dei diritti fondamentali in Europa a seguito dell'adozione della Carta di Nizza.

Quanto al primo discorso sul ricorso costituzionale, quella di Luther appare ancora oggi come una delle più approfondite e documentate trattazioni sul tema della (mancata) introduzione di un ricorso per diritti fondamentali nell'ordinamento italiano, specie sotto il profilo storico-costituzionale, vista la ricostruzione meticolosa del dibattito svoltosi in Assemblea Costituente intorno a tale strumento e considerata l'analisi ragionata delle implicazioni politico-istituzionali delle diverse posizioni anche nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana fino alla Bicamerale. Di particolare rilevanza sono, a questo proposito, le sollecitazioni che ci provengono dall'esame delle varie ipotesi di *actio popularis* proposte da dottrina e legislatore nel corso del tempo, sollecitazioni che, anni dopo, hanno offerto la base per un fruttuoso dialogo con l'autrice di una fondamentale opera sul tema<sup>9</sup>.

Prima di affrontare la questione della cultura delle garanzie dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento, Luther sceglie, però, di confrontare le riflessioni sul ricorso costituzionale in Italia con l'esperienza tedesca della *Verfassungsbeschwerde*. La sua analisi dell'istituto – che coincide con il secondo discorso dell'opera – risulta ancora oggi una delle più approfondite in lingua italiana, tanto da aver trovato ampia eco in un recente volume collettaneo sulla giustizia costituzionale tedesca cui Luther stesso era stato invitato a contribuire, ma al quale non poté, infine, partecipare per il rapi-

---

<sup>9</sup>M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Giappichelli, Torino, 2015.

do progredire della malattia<sup>10</sup>. Dell'istituto Luther ripercorre la genealogia enfatizzandone, da un lato, le peculiari radici storico-costituzionali, che affondano nelle analoghe azioni previste negli ordinamenti assiano e bavarese e, dall'altro, anche per via delle chiare reminiscenze smendiane,<sup>11</sup> il ruolo di formidabile strumento preordinato a «promuovere l'identificazione del singolo con una nuova comunità politica», quello della neonata Germania federale. Grande attenzione è rivolta, poi, al decentramento della giustizia costituzionale, ossia ai rapporti tra Tribunale costituzionale federale e Corti costituzionali dei *Länder* nell'esame dei ricorsi diretti, così come disciplinati dalla Legge fondamentale e dalle Costituzioni regionali. In tale cooperazione multilivello tra giudici nella protezione dei diritti fondamentali – tema divenuto soltanto di recente oggetto di attenzione in altra opera monografica della dottrina italiana<sup>12</sup> – Luther intravedeva già un modello possibile per le future relazioni tra Corti costituzionali nazionali e Corte di Giustizia UE, considerazione obbligata allora, all'indomani del *Maastricht Urteil*, ma che resta potenzialmente valida anche oggi, considerato che la *Verfassungsbeschwerde* è ormai divenuto il principale strumento per comprendere l'evoluzione travagliata dei rapporti tra l'ordinamento euro-unitario e quello tedesco. Nel suo bilancio conclusivo sull'istituto, Luther prende in considerazione tre parametri: la “statistica dei ricorsi”, la “storia delle riforme” e “la cultura dei diritti”. Il periodo di osservazione ha evidenziato un incessante, ma alquanto prevedibile aumento dei ricorsi, al quale nessuna riforma ha potuto realmente ovviare. Del resto, però, attraverso un ampio coinvolgimento dei cittadini nella difesa dei propri diritti contro ogni tipo di atto o omissione di un potere pubblico (anche contro sentenze del potere giudiziario, quindi) il ricorso diretto ha sviluppato la cultura giudiziaria dei giudici comuni, ma anche una certa conflittualità con il Tribunale costituzionale e ha contribuito ad assicurare efficacia e legittimità a una Costituzione, la Legge Fondamentale, elaborata da una Costituente non scelta dal corpo elettorale e non sottoposta a referendum popolare.

La parte terza dell'opera – “La multiculturalità nelle pratiche dei diritti

---

<sup>10</sup> Si veda, in particolare, il saggio di F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in F. Saitto-G. Repetto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, 43 ss.

<sup>11</sup> In proposito si ricordi la sua traduzione di R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, a cura di J. Luther e F. Fiore, introduzione di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti: M.D. Poli, *Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte: un modello “policentrico” di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 197 ss.

fondamentali” – reca un titolo che appare di per sé indicativo dell’approccio di Luther sin dai lavori dottorali, ossia quello di un metodo interdisciplinare che salda lo studio del diritto costituzionale (in prospettiva comparata) con quello degli aspetti storici, sociali e filosofici, e finanche antropologici. La multiculturalità a cui si fa qui riferimento non deve essere intesa nel senso proprio delle scienze umane sviluppatasi a partire dalla fine degli anni Novanta (in rapporto ai temi dell’immigrazione e dell’integrazione), definizione che Luther ha sempre ritenuto riduttiva<sup>13</sup>, bensì secondo il concetto di cultura così come studiato dal suo Maestro tedesco Peter Häberle<sup>14</sup>. La “multiculturalità” che Luther attribuisce alle pratiche dei diritti fondamentali deve quindi essere letta alla luce dello stretto rapporto intercorrente tra diritto e cultura e, nella storia del costituzionalismo europeo, tra diritto e culture (al plurale) che ne hanno influenzato l’evoluzione (si potrebbe dire, forse, al “pluralismo” delle pratiche dei diritti fondamentali nelle diverse culture giuridiche europee).

In apertura della propria riflessione Luther spiega che l’obiettivo di questa parte del volume è operare una ricostruzione diacronica e sincronica delle fonti sui diritti fondamentali, che miri a verificare in primo luogo se il ricorso costituzionale sia un’invenzione del costituzionalismo liberale dell’Ottocento o se invece esso sia un’innovazione introdotta dallo Stato costituzionale democratico del XX secolo, e, in secondo luogo, se e in che misura la *Verfassungsbeschwerde*, studiata nella parte seconda dell’opera, riesca a “comunicare” con le altre figure di ricorsi costituzionali contemporanei.

Il capitolo primo viene pertanto dedicato allo studio del ricorso costituzionale nel costituzionalismo nazionale dell’Ottocento<sup>15</sup>, e si apre con un approfondito studio di quelli che Luther definisce come i “prototipi” della *Verfassungsbeschwerde*, che egli rinviene nell’esperienza delle “rivoluzioni costituzionali” del 1848/49. Tali modelli rappresentano, secondo Luther, il prodotto di una richiesta di tutela dei diritti fondamentali che “stava al cuore di molti fautori del costituzionalismo europeo” (egli porta, come

---

<sup>13</sup> *Il pane dei filosofi e i denti dei giuristi: diritti culturali fondamentali?*, Recensione a: “Gabriele Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen 2000”, in *Teoria politica*, n. 3, 2001.

<sup>14</sup> Di cui si veda ad esempio l’opera *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001, di cui peraltro Luther curava traduzione ed edizione in Italia.

<sup>15</sup> Tema che rientrava già tra i primissimi interessi di ricerca di Luther. Si veda la già citata monografia *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’Ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.



esempio, le tesi, tra gli altri, dell'abate Sieyès), e che aveva inizialmente guardato ai modelli dei "reclami" al sovrano proposti dai sudditi e dai ceti nelle monarchie costituzionali, e, ancor prima, alla giurisprudenza dei tribunali del Sacro Romano Impero. In questa prospettiva, Luther è uno dei primi autori a porre in parallelo la fase genetica della *Verfassungsbeschwerde* tedesca e le esperienze costituzionali francese e, soprattutto, spagnola (con riferimento particolare all'esperienza della Costituzione di Cadice del 1812), che, a sua volta, ha influenzato i modelli latino-americani e del Regno delle Due Sicilie (e, da qui, il costituzionalismo preunitario in Italia). Lo studio non trascura peraltro il costituzionalismo anglosassone, evidenziando le analogie tra i reclami al sovrano dell'Europa continentale e l'antico istituto della *petition*, che a sua volta affonda le proprie radici nella *supplicatio ad principem* nota al diritto romano. Luther sottolinea quindi gli effetti dirompenti dello sviluppo della dottrina del *judicial review* americana, che hanno posto, nella sua lettura, le basi per l'"invenzione messicana dell'amparo", prodotto della sintesi tra modello statunitense e modelli spagnoli prerivoluzionari simili allo *habeas corpus*.

In definitiva, secondo Luther (che risponde così al primo dei due interrogativi che egli si poneva in questa parte dell'opera) gli "ingegneri del costituzionalismo moderno" non hanno inventato il ricorso costituzionale "dal nulla", ma hanno invece «elaborato delle esperienze più remote di quello che si potrebbe descrivere come il costituzionalismo antico dei tre secoli precedenti le rivoluzioni costituzionali».

La scelta di studiare prima la *Verfassungsbeschwerde* e poi il quadro storico-giuridico che sarebbe culminato (anche) nella nascita di tale istituto potrebbe forse apparire eccentrica, ma è in realtà figlia del peculiare approccio di Luther, che amava, dopo avere inquadrato e dissezionato uno specifico istituto, allargare induttivamente il quadro, ampliando il punto di osservazione e andando a ricercarne le origini anche al di fuori del diritto costituzionale in modo da operare una ricostruzione di teoria generale capace di essere poi traslata nello studio del quadro comparato e, appunto, "multiculturale" (suscettibile di applicazione nelle diverse culture giuridiche).

Tale punto di partenza conduce al capitolo secondo, ove Luther sposta la sua attenzione sul ricorso costituzionale nel costituzionalismo europeo del Novecento, ripercorrendo in prospettiva comparata la storia dell'istituto, dall'avvento della società di massa alla fine del secolo scorso. Il taglio è, qui, spiccatamente multilivello nel senso che, accanto alle diverse esperienze costituzionali continentali (l'Italia è ormai solo sullo sfondo), viene analizzata anche la disciplina nei meccanismi disegnati da alcune convenzioni del Consiglio d'Europa, mentre lo studio dell'istituto nell'ordinamen-

to eurounitario avrebbe dovuto essere affidato, come accennato, alla parte incompiuta dell'opera. Luther pone in primo luogo in correlazione la transizione dallo Stato liberale ottocentesco allo Stato democratico-sociale (e dunque l'avvento delle "società di massa") con la comparsa delle prime forme di tutela internazionale dei diritti e con la "riscoperta" dell'*actio popularis*, ricostruendo il dibattito sulla *judicial review* che aveva animato la giuspubblicistica europea a cavallo tra Ottocento e Novecento. Particolare cura viene dedicata alla ricostruzione dei diversi tentativi di regolamentazione di un ricorso costituzionale nelle democrazie del primo dopoguerra, tentativi che, pur con diversi gradi di successo, Luther giudica solo in parte rispondenti al modello del ricorso diretto dei cittadini, descrivendo una stagione sostanzialmente fatta di "chiusure", sia dottrinali che istituzionali. "Chiusure" che, necessariamente, devono cedere il passo alla nuova stagione di costituzionalizzazione dei diritti che segna la fine dei regimi nazifascisti e della II Guerra Mondiale, con particolare riferimento alle Carte dei diritti promosse in seno alle Nazioni Unite e al Consiglio d'Europa. Luther giunge così al cuore della propria analisi, evidenziando come la genesi della *Verfassungsbeschwerde* tedesca sia molto meno "nazionale" di quanto comunemente si pensi, sottolineando i punti di contatto di tale istituto con il ricorso diretto previsto dalla CEDU e con altre forme di reclamo internazionale a tutela dei diritti umani, come, ad esempio, il reclamo collettivo previsto dal sistema della Carta sociale europea<sup>16</sup>. E così, argomenta Luther, rispondendo al secondo degli interrogativi che egli si pone in apertura di sezione, «la soluzione tedesca imita quella europea» e, successivamente, gli Stati dell'Europa occidentale oltreché, in un secondo momento e dopo lo scioglimento dell'Unione sovietica, quelli dell'Europa orientale (la cui esperienza è però analizzata in una prospettiva ancora embrionale, stante la difficoltà, all'epoca, di valutarne il rendimento) elaborano (avendo ben presente il modello tedesco, ma non sempre aderendovi) i loro specifici rimedi per la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione.

Il terzo capitolo della terza parte dell'opera, mai completato dall'autore, avrebbe dovuto essere dedicato al ricorso costituzionale nell'Unione europea, all'accesso al *judicial review* statunitense, al perfezionamento dei rimedi costituzionali nel costituzionalismo latino-americano e al complesso percorso delle garanzie dei diritti fondamentali nelle esperienze africane e

---

<sup>16</sup>L'attenzione di Luther per la Carta sociale europea è poi sfociata in una curatela (con Lorenza Mola), *Europe's social rights under the "Turin Process"*, Ed. scientifica, Napoli, 2016, oltreché nell'assidua partecipazione alle attività del *Réseau Académique sur la Charte Sociale Européenne*.

asiatiche. La parte quarta, unica a essere rimasta interamente incompiuta, avrebbe invece dovuto essere dedicata alle prospettive della tutela dei diritti fondamentali in Italia.

È difficile ipotizzare oggi quale sarebbe stato l'approdo scientifico di Luther, né pare corretto prodursi in questa sede in tale esercizio. Nondimeno, vale forse la pena rammentare che alcuni dei temi che avrebbero dovuto confluire in queste sezioni sono stati successivamente ripresi da Luther in alcuni lavori minori, che egli si riproponeva forse di mettere "a sistema" nella versione finale dell'opera. È questo il caso, ad esempio, delle sue riflessioni sullo sviluppo del costituzionalismo in Africa<sup>17</sup> e, soprattutto, in Asia<sup>18</sup>, oggetto di un suo spiccato interesse scientifico negli anni a venire. Lo stesso si può dire per i suoi studi sulla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea<sup>19</sup>, tra cui si segnala, in particolare, il saggio *I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?*<sup>20</sup>, in cui nuovamente si è interrogato sull'opportunità di introdurre un ricorso specifico per la tutela dei diritti fondamentali europei, a disposizione di ogni individuo, arrivando a immaginare, se non altro, una sorta di ricorso per la «omessa rimessione di questioni pregiudiziali a tutela dei diritti fondamentali della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea]».

Più in generale, l'attenzione per le pratiche dei diritti fondamentali e la loro evoluzione nel costituzionalismo contemporaneo è sempre rimasta una costante negli interessi scientifici di Luther<sup>21</sup> e si è anzi forse addirittura

---

<sup>17</sup> *Zur Verfassungsentwicklung der Republik Somalia: Frieden durch Verfassung?*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n. 53, 2005; *Shoah e genocidi in Africa, alcune storie da rileggere*, in *Quaderno di storia contemporanea*, n. 63, 2018.

<sup>18</sup> (con D. Francavilla), *Nepal's Constitutional Transition*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n. 56, 2007; *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in G. Ajani-J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli, 2009; *Il "costituzionalismo" può essere praticato anche da un giudice cinese?*, in G. Ajani, J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli, 2009; (con G. Ajani, a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli, 2009; *Comparing fundamental social rights in the European and the Indian union*, in *Lex Social*, vol. 7, n. 1, 2017.

<sup>19</sup> *La protezione europea dei diritti umani nella Carta di Nizza*, in Ufficio Scolastico Regionale del Piemonte e Fondazione Giovanni Agnelli (a cura di), *Scuola, diritti umani e cittadinanza europea*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2005.

<sup>20</sup> Nel volume *Europa costituenda*, Giappichelli, Torino, 2007, 95 ss.

<sup>21</sup> Si vedano, solo per fare qualche esempio: *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003; *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il caso tedesco*, in A. Ruggeri-L. D'Andrea-A. Saitta-G. Sorrenti (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizio-*

ra accentuata negli anni delle crisi (politiche, economiche, sociali e culturali) che hanno «reso i nostri piccoli mondi più insicuri»<sup>22</sup>. Proprio nell'attuale periodo di gravi incertezze pandemiche e belliche, nelle quali l'erosione delle *pratiche* dei diritti fondamentali in Europa si fa più opprimente, appare utile e doveroso dare alle stampe questo volume, nella convinzione che le riflessioni del nostro comune Maestro, come sempre ben radicate nello studio del passato della storia del diritto, ma convintamente proiettate verso la costruzione di una cultura giuridica europea del futuro, possano offrire un contributo decisivo anche per gli studiosi del costituzionalismo del terzo millennio

\* \* \*

*L'opera costituisce ripubblicazione della versione provvisoria nella sua copia anastatica. I curatori non sono pertanto potuti intervenire sull'originale per la correzione di eventuali refusi e incongruenze.*

---

*nale dei diritti fondamentali (Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006), Giappichelli, Torino, 2007; Fundamental Rights in the Regional State, in A. Weber (a cura di), Fundamental Rights in Europe and North America, Nijhoff, Leiden, 2007; (con G. Boggero, a cura di), Alimentare i diritti culturali, Aracne, Roma, 2018; Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende, in Federalismi.it, n. 5, 2019.*

<sup>22</sup> *Il corso della vita mia*, cit., 56.



Finito di stampare nel mese di marzo 2023  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220

