

Parte generale

CAPITOLO 1

LA PROSPETTIVA STORICA: RICOSTRUZIONI TEORICHE E MODELLI DI TUTELA

SOMMARIO: 1.1. L'approccio teorico-dottrinale alla tematica dei diritti fondamentali. – 1.2. Il paradigma costituzionale statunitense e quello francese. – 1.3. La diffusione del modello francese nell'Europa continentale dell'800 e la sua crisi al passaggio di secolo. – 1.4. La svolta del costituzionalismo contemporaneo: cenni.

1.1. *L'approccio teorico-dottrinale alla tematica dei diritti fondamentali*

Un primo problema da affrontare è quello della ricostruzione dell'evoluzione che la nozione di diritti fondamentali ha conosciuto nel corso della storia che ci sta alle spalle.

Se si guarda ai diritti fondamentali da questo punto di vista, è possibile individuare tre distinti modi di intenderne le origini e la natura che, a loro volta, corrispondono a tre diversi modi di concepire gli strumenti attraverso i quali si realizza la tutela di tali diritti: si parla così di una *nozione storicistica*, di una *nozione individualistica*, di una *nozione statualistica*.

A) Nell'approccio storicistico, i diritti di libertà sono il frutto dell'evoluzione storica dei rapporti sociali e politici che caratterizzano la vita dei diversi ordinamenti statuali.

*I diritti come
frutto dell'evol-
uzione dei
rapporti sociali
e politici*

L'evoluzione in questione evidenzia, in effetti, la progressiva emancipazione dei diritti di libertà dalle invadenze arbitrarie dei poteri costituiti: in questo senso, tale approccio privilegia l'attenzione per le libertà c.d. "negative", la cui garanzia è data, almeno in prima approssimazione, dall'assenza di intervento di poteri coercitivi sia pubblici che privati.

Seguendo questa impostazione, si ritiene che l'origine dei diritti di libertà possa farsi risalire molto indietro nel tempo e precisamente al Medioevo, periodo nel quale «si costruisce la *tradizione europea della necessaria limitazione del potere politico d'imperium*» (M. Fioravanti).

Si tratta, tuttavia, di diritti che assumono una connotazione del tutto peculiare e assai diversa da quella che ci è stata consegnata dal costituzionalismo moderno. Nel Medioevo, infatti, non si è ancora affermata una dimensione dello Stato inteso come soggetto politico titolare di una potestà di imperio che pretende di definire, anche con modalità coercitive, la sfera dei diritti di libertà individuali e collettive: tale potestà di imperio è infatti frammentata tra una molteplicità di soggetti al cui vertice gerarchico c'è il signore feudale. Tra il signore e i soggetti subordinati sussiste un rapporto di scambio, di carattere contrattuale, che si impernia, da un lato sulla *fedeltà*, dall'altro sulla *protezione* (G. Amato).

Fondamentali in questo senso sono i *contratti di dominazione* con i quali le città assicurano il loro appoggio al signore feudale, mentre quest'ultimo garantisce i diritti delle città e dei ceti, fra i quali spicca quello mercantile. È in questo periodo che nascono le prime assemblee dei ceti che affiancano il signore nella gestione del potere e che, seppure non assimilabili ai moderni Parlamenti (i rappresentanti dei ceti non rappresentano un "popolo" o una "nazione") tuttavia, proprio in virtù dei contratti di dominazione, condizionano le decisioni relative all'imposizione di tributi straordinari, che eccedano le normali esazioni fissate dal signore. Così come è da sottolineare il fatto che spesso tali contratti contengono disposizioni dirette a garantire i diritti di possesso e di proprietà in capo ai ceti ed alle città.

Nell'esperienza medievale, dunque, la garanzia della proprietà dei beni e della sicurezza, situazioni di libertà "negative", non erano riferite agli individui in quanto tali: «Diritti e libertà hanno nel medioevo una strutturazione corporativa, sono patrimonio del feudo, del luogo, della valle, della città, del borgo, delle comunità, ed appartengono quindi agli individui solo in quanto questi siano a loro volta ben radicati in quei territori, in quelle comunità» (M. Fioravanti).

I sostenitori dell'approccio storicistico guardano all'Inghilterra come all'esperienza costituzionale nella quale risulta evidente il nesso di continuità tra le libertà medievali e quelle moderne: l'evoluzione graduale e sostanzialmente ininterrotta verso un modello compiuto di garanzia dei diritti di libertà fa assumere indubbiamente a tale esperienza un ruolo centrale.

Come è noto, già la *Magna Charta* del 1215 sancisce, in forme inedite per il suo tempo, la libertà personale intesa non solo come sicurezza dei propri beni ma anche come garanzia rispetto all'arresto illegittimo e, conseguentemente, prevede una procedura tassativa per disporre limitazioni di detta libertà (l'art. 39 prevede, infatti, che «gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati, privati dei loro averi, messi fuori legge, esiliati o danneggiati in alcun modo, se non da un tribunale legale dei loro pari e secondo le leggi del paese»). Ed è pro-

prio la previsione di un *due process of law* (ovvero di una procedura garantistica per procedere a forme di limitazione della libertà personale) che esalta il ruolo della magistratura e segna l'evoluzione da un sistema di regole sostanzialmente giusprivatistiche di tutela delle libertà ad un assetto moderno di tutela, di marca nettamente giuspositivistica.

Tale impostazione troverà poi compimento nel corso della *Glorious Revolution* del 1688 e negli atti ad essa coevi (come, ad esempio, il *Bill of rights* del 1689), allorché sarà definitivamente consolidato il principio per cui la tutela delle libertà individuali, garantita e ulteriormente sviluppata dai giudici attraverso il sistema della *common law*, è incomprimibile dal potere politico statale (tesi queste sostenute dalle fondamentali opere di J. Locke e di E. Coke). Un potere statuale che, non a caso, in Inghilterra non assunse mai del tutto i tratti assolutistici propri di altre esperienze, come quella francese: proprio la *common law*, il diritto comune inglese, custodito o costruito dai giudici anche sulla base delle antiche consuetudini locali, rappresentò, infatti, uno dei fattori più importanti che impedirono il radicarsi in Inghilterra di un modello pienamente statocentrico (G.G. Floridia).

B) Secondo l'approccio individualistico, i diritti di libertà non solo preesistono alla formazione stessa dello Stato, ma sono sostanzialmente indifferenti agli sviluppi sociali, economici e politici; essi sono infatti diritti naturali che spettano a ciascun individuo in quanto tale (G. Oestreich).

*I diritti come
"diritti naturali"*

In questa diversa prospettiva, l'origine dei diritti di libertà non può farsi risalire al Medioevo, età nella quale diritti e doveri sono attribuiti ai soggetti a seconda della loro appartenenza o meno ad un ceto. In un contesto del genere, infatti, vi è l'impossibilità logica, prima ancora che giuridica, di configurare un catalogo di diritti dell'*uomo* o del *cittadino*, ma è possibile soltanto una garanzia *distinta* di un insieme di libertà, variamente graduate da ceto a ceto.

Punto di riferimento paradigmatico dell'impostazione individualistica è l'esperienza della Francia rivoluzionaria. È infatti la Rivoluzione francese che rappresenta un momento di svolta nella direzione di quella concezione individualistica dei diritti di libertà, che dovrà segnare tutta la storia del costituzionalismo del XIX secolo, come testimoniato dal contenuto di alcuni fondamentali testi della Rivoluzione, a cominciare della famosa *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789.

Il ruolo dello Stato è qui concepito come finalizzato al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti, in quanto esso nasce in forza di un *patto* voluto e costruito fra soggetti già titolari, per natura, di diritti. Come è stato giustamente affermato, «nella logica individualistica, l'antico ordine naturale delle cose, che a ciascuno assegna i propri diritti ed i propri doveri, non può essere riformato, o fatto evolvere gradualmente, così come suggerisce l'esempio storico inglese: esso deve essere ab-

battuto, per poter costruire *ex novo*, per poter edificare un nuovo ordine politico che si fondi così sulle volontà degli individui, sul consenso dei consociati. La liberazione dell'individuo dalla soggezione ai poteri feudali e signorili comprende anche la sua liberazione da un ordine politico complessivo che prima trascendeva la sua volontà, che ora non egli non è più costretto a subire, che può e deve essere reinventato a partire dalle volontà individuali con lo strumento del *contratto sociale*» (M. Fioravanti).

L'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino afferma che «gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune». A sua volta, l'art. 5 sancisce il principio secondo il quale «la legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società. Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina».

Il significato di queste due disposizioni, e segnatamente dell'art. 5, è duplice: da un lato, l'unica fonte del diritto che può limitare l'esercizio dei diritti di libertà, nei casi da essa previsti, è la *legge*, espressione della volontà generale; dall'altro, lo stesso principio della volontà generale pone limiti all'azione della magistratura, che non potrà che muoversi entro i binari delle previsioni legislative, e senza margini di «creatività».

Come si vede, quindi, stante la *naturalità* dei diritti individuali, la legge può solo vietare le azioni nocive alla società, sul presupposto che esse limitino i diritti naturali dei membri della società stessa. Al di fuori di quest'ambito, non può che esercitarsi la libertà degli individui, come espressamente sancito dall'art. 4, secondo il quale «la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla legge».

Gli artt. 4 e 5 consacrano quindi, da un lato, una sorta di «presunzione di libertà» e dall'altro il principio secondo cui i diritti dell'uomo, in quanto naturali, non hanno confini ontologicamente predeterminati, ma possono essere eccezionalmente limitati solo dal legislatore.

*I diritti come
prodotto del
diritto dello
Stato*

C) Il terzo approccio, infine, quello statualistico, pone al centro del riconoscimento dei diritti di libertà lo Stato: solo grazie ad esso i diritti di libertà nascono e possono affermarsi come vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili; conseguentemente, è lo Stato che ne determina il contenuto, i limiti, i meccanismi di garanzia.

La differenza rispetto all'approccio individualistico è dunque netta. Anche in quest'ultimo l'importanza dello Stato non è affatto sottovalutata, posto che è la sua potestà di imperio ad essere ritenuta essenziale per abbattere l'assetto cetuale e dei privilegi e rendere così pieno il go-

dimento dei diritti naturali, ma ora ben altro è il ruolo che si riconosce allo Stato, in quanto esso è insieme concepito come fonte e misura dei diritti. Essi non sono preesistenti allo Stato, giacché prima di esso (secondo l'immagine di Hobbes) vi è solo una condizione di *bellum omnium contra omnes*: conseguentemente, non può esistere alcuna libertà, alcun diritto individuale prima dell'affermazione della potestà coercitiva dello Stato, che solo può dare ordine alla società (di per sé incapace di farlo) e garantire le pretese dei singoli da esso riconosciute.

In tal modo, il dualismo tra autorità e libertà, insito sia nell'impostazione storicistica che in quella individualistica, non ha più ragione di porsi: l'una e l'altra nascono simultaneamente con lo Stato e insieme si sviluppano condizionandosi a vicenda.

Ora, se è vero che un approccio di questo genere presuppone un modello di Stato nel quale siano soddisfatti sia il bisogno di stabilità che di unità, è altresì vero che esso, a seconda delle circostanze storiche e del contesto sociale e politico, reca in sé il rischio di esiti autoritari o dispotici. Infatti, concepire la tutela dei diritti di libertà come limite che il potere sovrano si autoimpone, comporta una contraddizione rappresentata dal fatto che esso, per sua natura, mal sopporta limiti al suo dispiegarsi, siano essi quelli della consuetudine o del diritto comune (come nell'approccio storicistico) siano quelli del diritto naturale (come nell'approccio individualistico), dei quali si nega anzi l'esistenza, o quantomeno la giuridicità: come si vedrà la storia del costituzionalismo europeo continentale, e di quello italiano in particolare, dimostreranno quanto questo rischio sia reale.

Se l'impostazione storicistica ha nell'esperienza inglese il suo punto di riferimento fondamentale e quello individualistico nell'esperienza francese, l'impostazione statualistica è quella che caratterizza le vicende dello Stato liberale ottocentesco (con riflessi, come vedremo, anche sulle vicende degli Stati europei del periodo successivo, fino ad arrivare ai giorni nostri). Si tratta dell'impostazione che sta alla base del c.d. *positivismo giuridico*, che assegna al diritto (alla legge) la funzione insostituibile ed esaustiva di fonte, e insieme di limite, dei diritti di libertà.

Questi tre diversi modi di intendere le origini e la natura dei diritti individuali (come *diritti consuetudinari*, come *diritti naturali*, come *diritti legislativamente definiti*) hanno segnato non solo gli sviluppi della riflessione teorica al riguardo, ma anche quella delle tecniche di tutela giuridica dei medesimi (il giudice; la legge, ora vista come strumento di riconoscimento di diritti ad essa preesistenti, ora come fonte e limite dei medesimi). Essi hanno caratterizzato diverse epoche storiche senza tuttavia che il loro succedersi abbia mai determinato la completa sostituzione dell'uno all'altro, ma al contrario abbia visto la sopravvivenza e la commistione di elementi propri dell'uno e dell'altro. Si tratta, in altre parole, di un'evoluzione che, pur segnata da innegabili momenti di di-

scontinuità, non può essere letta solo in questa chiave, presentando viceversa profili non irrilevanti di continuità (basti pensare agli sviluppi dello statualismo e dell'individualismo ottocentesco, di cui permangono ancora tracce ben identificabili nell'esperienza costituzionale più recente, che pure si muove in un contesto assai diverso).

1.2. *Il paradigma costituzionale statunitense e quello francese*

*L'esperienza
costituzionale
statunitense*

Le due esperienze costituzionali che più hanno contribuito ad uno sviluppo compiuto della dottrina dei diritti fondamentali sono quella statunitense e quella francese.

L'esperienza statunitense, che nasce con gli eventi rivoluzionari culminati nell'adozione della Costituzione del 1787, combina in sé i tre approcci a cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente. Innanzitutto, sono in essa presenti elementi tipici dell'approccio storicistico riconducibili al fatto che tale esperienza nasce e si sviluppa sulla base di quella inglese, che, come detto, è considerata emblematica di questo modello. In particolare, è da sottolineare l'importanza che anche nell'esperienza americana è attribuita al ruolo del giudice, al quale si riconosce una funzione prioritaria non solo nell'assicurare la tutela dei diritti di libertà, ma anche il loro continuo adeguamento allo sviluppo dei rapporti sociali. Con una fondamentale novità rispetto al modello inglese, costituita dal fatto che tale garanzia è rivolta anche contro il legislatore.

Un carattere essenziale dell'esperienza costituzionale americana, infatti, è rappresentato dalla netta diffidenza verso l'onnipotenza del legislatore e quindi verso quello che è il tratto distintivo del modello statualistico. Alla radice di ciò sta una diversa concezione del potere costituente e della Costituzione che ne è il frutto; una concezione che si traduce «nell'individuazione nel popolo di un'autorità superiore a quella dei legislatori, che toglie ad essi ogni attribuzione di sovranità, *subordinando le loro leggi alla costituzione, intesa come massima fonte di diritto*. In altre parole, nell'esperienza statunitense *il concetto di potere costituente si lega fin dall'inizio con quello di rigidità costituzionale*, ovvero con la presenza di regole più fisse, più difficilmente mutabili, di quelle contenute nelle leggi ordinarie, con la presenza di un nucleo forte e rigido del patto costituente, che deve essere difeso in primo luogo dal possibile arbitrio del legislatore, anche e soprattutto in funzione di garanzia e tutela dei diritti e delle libertà individuali» (M. Fioravanti).

Si spiega così il perché la fonte di questi diritti, il *Bill of rights*, sia rappresentato da un elenco di diritti fondamentali, introdotto attraverso l'approvazione contestuale, nel 1791, dei primi dieci emendamenti alla Costituzione del 1787, classificabile nell'ambito della categoria delle Costituzioni rigide. L'art. 5 prevede, infatti, un apposito procedi-

mento di revisione costituzionale, distinto e aggravato rispetto a quello previsto per l'approvazione delle leggi ordinarie: «Il Congresso, quando i due terzi di ciascuna Camera lo ritenga necessario, potrà proporre emendamenti a questa Costituzione o, su richiesta dei Legislativi dei due terzi ei vari Stati, potrà convocare una Convenzione per proporre emendamenti, che, in entrambi i casi, saranno validi ad ogni intento proposto come parte di questa Costituzione quando ratificati dai Legislativi dei tre quarti dei diversi Stati, o da apposite Convenzioni in tre quarti di essi, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia proposto dal Congresso; con l'eccezione che nessun emendamento che sia fatto prima dell'anno 1808 potrà in qualsiasi modo incidere sulla prima e sulla quarta clausola della Sezione nona dell'articolo primo; e che nessuno Stato potrà, senza il suo consenso, essere privato della sua parità di suffragio al Senato». Prevale quindi una concezione che vede nella Costituzione la legge suprema del Paese (art. 6) in funzione di fonte e di primo strumento di garanzia dei diritti di libertà.

Tale impostazione si lega alla nascita del controllo di legittimità costituzionale: come è noto, nella fondamentale sentenza della Corte Suprema *Marbury vs. Madison* del 1803 si afferma, per la prima volta, che ciascun giudice ha il dovere di disapplicare le leggi che dovrebbe applicare in un processo, qualora esse siano contrastanti con la Costituzione: «O la Costituzione è una legge superiore, non modificabile con mezzi ordinari, ovvero è simile agli atti legislativi ordinari e, come tale, sempre modificabile dal potere legislativo. Se la prima parte di questa proposizione alternativa è vera, un atto legislativo contrario alla Costituzione non è legge [...] di conseguenza, la teoria fondamentale su cui si basa ogni governo organizzato in base ad una Costituzione è che un atto del potere legislativo non conforme alla Costituzione è inefficace [...] Se allora le corti debbono tenere conto della Costituzione, e se la Costituzione è superiore ad ogni atto ordinario del potere legislativo, la Costituzione, e non l'atto ordinario, deve essere applicata nei riguardi del caso cui entrambi si riferiscono [...] la Costituzione degli Stati Uniti cui "i giudici sono tenuti a conformarsi" (art. 6, comma 1) conferma e rafforza il principio, essenziale per tutte le Costituzioni scritte, che una legge contraria alla Costituzione è inefficace: e che le corti, come gli altri organi di governo, sono obbligate ad osservare quest'ultima».

Gli effetti del sindacato del giudice è limitato al processo: tuttavia, il rischio che si producano decisioni difformi, vista la libertà interpretativa dei singoli giuridici, è controbilanciato dal principio dello *stare decisis*, in virtù del quale i giudici di grado inferiore sono vincolati alle decisioni di quelli di grado superiore. In tal modo, una pronuncia della Corte Suprema, organo che è posto al vertice dell'intero sistema giudiziario statunitense, in punto di conformità o difformità della legge rispetto alla Costituzione, ha praticamente effetti *erga omnes*, nel senso

*La nascita di
un sistema di
giustizia costi-
tuzionale*

che impedisce ai giudici inferiori di darvi ulteriore applicazione (M. Cappelletti).

I motivi che spiegano l'affermarsi di questo sistema di tutela dei diritti nell'esperienza americana sono essenzialmente di tipo storico: la Costituzione del 1787 nasce, come si è detto, a seguito della guerra d'indipendenza contro l'Inghilterra, originata non tanto da un'avversione al suo sistema istituzionale, quanto piuttosto da una rivendicazione delle libertà economiche che erano state conculcate proprio dal Parlamento inglese attraverso le sue leggi. Ecco dunque la diffidenza per la legge, sentita come atto anche foriero di ingiustizie e la sua sottoposizione ad una norma superiore, la Costituzione, da tutti i soggetti politici condivisa.

In conclusione, si può dire che se nell'esperienza americana sono forti le suggestioni storicistiche, non mancano elementi tipici del modello individualistico (soprattutto per il rilievo che in essa riveste la tutela dei diritti individuali) e del modello statualistico (rappresentato dal ruolo fondamentale della Costituzione nella tutela dei diritti); elementi questi ultimi due che certamente risentono di quanto, nello stesso torno di tempo, va maturando dall'altra parte dell'oceano, sul continente europeo e più precisamente in Francia.

*L'esperienza
costituzionale
francese*

L'esperienza francese, ispirata ad un approccio di tipo squisitamente individualistico, ne tenta tuttavia una conciliazione con gli elementi propri dell'approccio statualistico (N. Matteucci).

In primo luogo, essa abbandona completamente ogni richiamo allo storicismo dato che, come è noto, scopo primo della Rivoluzione è l'abbattimento dell'apparato statale preesistente, basato sul diritto dei ceti. Il passaggio dallo Stato assoluto a quello liberale avviene attraverso una rottura traumatica che ha alla base una contestazione radicale del vecchio regime e non invece, come in Inghilterra, attraverso un passaggio graduale sulla scia del progressivo mutare degli equilibri politici, così come mano a mano vengono conformandosi nei rapporti tra le varie componenti del corpo sociale. La radicale contestazione del vecchio ordinamento assolutistico e il suo abbattimento cruento non consente più di immaginare il ruolo del nuovo Stato come quello di un mero garante esterno dei diritti, ma spinge inevitabilmente verso una concezione dello Stato come soggetto che definisce un nuovo e diverso catalogo dei diritti (i diritti dei singoli individui e non più dei ceti) e che il rispetto di tali diritti impone a tutti, sia ai pubblici poteri che alle diverse componenti sociali.

Secondo questa diversa impostazione, a differenza che nell'esperienza americana, la concezione della Costituzione che si afferma in Francia è quella di un atto che deve innanzitutto tracciare nuovi indirizzi ed un nuovo programma politico, destinati ad essere poi attuati dai poteri pubblici e, in primo luogo, dal legislatore, nel quale si esprime la so-

vranità popolare. La concezione dei diritti di libertà che si afferma in seguito alla Rivoluzione francese, dunque, non è né integralmente individualistica, né integralmente statualistica. Non solo, ma al ruolo centrale del legislatore si accompagna, almeno in una prima fase, il permanere delle suggestioni giusnaturalistiche che si riflettono, ad esempio, nella definizione dei diritti individuali contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, al cui art. 2 si legge: «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei *diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo* ... la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione».

Quanto al problema dei rapporti tra potere costituente e poteri costituiti, esso è diversamente ricostruibile nei vari periodi nei quali si articola l'esperienza rivoluzionaria. Così, soprattutto da parte degli esponenti giacobini viene valorizzata al massimo una nozione del potere costituente, inteso come potere permanente del popolo sovrano: il potere costituente appartiene al popolo che si dà una Costituzione, ma che ha anche il potere di cambiarla senza incontrare alcun limite od ostacolo. Al contrario, le componenti borghesi, più moderate, appaiono assai diffidenti verso il potere costituente, sentito come una variabile indipendente delle vicende istituzionali e come tale in grado di mettere a repentaglio i risultati raggiunti per mezzo del processo rivoluzionario, sì che ne emerge una concezione assai più limitata. Esso è inteso come strumento necessario per determinare il quadro fondamentale di valori e di principi (c.d. "Costituzione-programma") entro il quale i poteri politici sono chiamati a realizzare, soprattutto attraverso la legge, atto espressivo della sovranità popolare, gli indirizzi fissati nella Costituzione. Un potere costituente, dunque, il cui esercizio si esaurisce nella definizione del quadro dei valori e principi fondanti il nuovo Stato, ma che poi lascia interamente il passo agli altri poteri costituiti, in particolare alla legge.

Tuttavia, in tale concezione, che sarà quella destinata a prevalere, è insita una contraddizione di fondo: se tanto la Costituzione, quanto la legge sono espressione della sovranità del popolo come si regolano i loro reciproci rapporti? Come garantire che la legge non tradisca il "programma" tracciato dalla Costituzione? Si è visto come, nell'esperienza americana, la risposta a questi interrogativi sia stata individuata nell'affermazione della subordinazione formale della legge alla Costituzione e nel controllo di legittimità costituzionale della legge ad opera dei giudici. Nell'esperienza francese, invece, la risposta sta nella formulazione del principio della rappresentanza politica, per cui i poteri costituiti non esercitano più direttamente, ma solo "mediatamente" la sovranità.

Si tratta di un approdo non scontato, dato che nella prima fase della Rivoluzione sono forti le spinte verso l'espansione della democrazia diretta, attraverso la quale avrebbe potuto essere espresso direttamente il

diritto originario del popolo di autorappresentarsi. Prevale invece la tesi dell'esaltazione della democrazia rappresentativa, intesa come forma di organizzazione politica nella quale gli eletti sono in grado, in quanto tali, di rappresentare l'intera nazione al di là delle antiche distinzioni corporative o di ceto. Se dunque la legge è solo esercizio mediato della sovranità, essa è distinta alla Costituzione, che ne rappresenta invece un esercizio immediato, diretto.

*Il problema
dell'"abuso"
del legislatore*

Ma se questa impostazione poteva soddisfare, almeno dal punto di vista teorico, l'esigenza di ordinare i rapporti tra le due fonti, essa lasciava, in realtà, irrisolto il problema dei possibili abusi del legislatore in danno dei principi costituzionali. Un problema non ignorato dalla dottrina dell'epoca, ma risolto con una sorta di petizione di principio che finisce per negare a priori questa possibilità: la legge in quanto espressione, sia pure mediata, della volontà popolare, non può essere che "giusta", ossia rispettosa del quadro costituzionale. Rimane così sullo sfondo e mai approfondito il concetto di rigidità costituzionale, che incontra resistenze sia nelle componenti giacobine, in nome del principio che vuole la Costituzione liberamente modificabile dal popolo sovrano, sia nella borghesia moderata, che vedeva in tale principio, e nelle conseguenze giuridiche ad esso correlate, un ostacolo all'esercizio del suo ruolo di unica interprete legittima dell'unità politica nazionale.

D'altra parte, sempre il superamento traumatico dell'ordinamento assolutistico non consente all'esperienza costituzionale francese di valorizzare il ruolo dei giudici come garanti delle libertà individuali: pesava su di loro l'immagine di funzionari da sempre strettamente subordinati all'autorità regia, eredi di situazioni di privilegio aristocratico e quindi potenzialmente ostili ai nuovi principi costituzionali.

1.3. La diffusione del modello francese nell'Europa continentale dell'800 e la sua crisi al passaggio di secolo

Il modello statualistico di derivazione francese, imperniato sul riconoscimento a livello di normativa costituzionale di un catalogo di diritti fondamentali e sull'affidamento alla legge del Parlamento del compito di definirne i limiti di esercizio, è quello che si ritrova, con i suoi pregi (esso segna una svolta fondamentale se messa a confronto con la situazione precedente), ma anche con suoi limiti (l'assenza di meccanismi giuridici di reazione contro gli abusi del legislatore), nelle Costituzioni degli Stati dell'Europa continentale della metà dell'800 (tra le quali, come vedremo anche il nostro Statuto Albertino) (C. Ghisalberti).

*La crisi del
modello fran-
cese*

L'intrinseca debolezza di quel modello, unita alle contraddizioni del costituzionalismo liberale ottocentesco, contribuiscono a spiegare la crisi dei sistemi costituzionali che si affermano nel corso del XIX secolo

di fronte alle tensioni di tipo autoritario che sarebbero culminate nell'ascesa al potere del fascismo in Italia, del nazismo in Germania, del franchismo in Spagna, nei primi decenni del secolo successivo.

In primo luogo, a determinare la crisi della concezione dei diritti di libertà propria dello Stato liberale è l'accentuazione degli aspetti statualistici insiti nel modello ereditato dall'esperienza francese. In parallelo alla nascita dell'idea di *Nazione*, mentre sfuma sempre più sullo sfondo la concezione dello Stato come frutto di un patto sociale da cui trae alimento e legittimazione, un'altra se ne afferma, in base alla quale lo Stato non è che il risultato dell'evoluzione storica della Nazione (intesa, quest'ultima, come il prodotto storicamente dato di una serie di elementi etnici, linguistici, sociali, culturali e politici).

In questo quadro, lo Stato trova in sé la propria legittimazione; è lo Stato e non più il popolo il vero sovrano; è lo Stato, o meglio il diritto dello Stato, in quanto tale, fonte dei diritti di libertà e, insieme, dei loro limiti. Lo strumento attraverso il quale esso assolve questo compito è la legge, non più intesa come atto espressivo della sovranità popolare, bensì come esercizio di una funzione pubblica, esercitata certo dai rappresentanti del popolo, ma per finalità che allo Stato fanno riferimento, unico vero interprete del "bene comune".

Questa evoluzione spiega la piena discrezionalità, riconosciuta alla legge, di determinare vincoli e limiti all'esercizio dei diritti di libertà, che molto spesso svuotano di significato le previsioni costituzionali, senza che neppure si avverta il problema di immaginare strumenti giuridici di reazione contro gli abusi del legislatore. Se lo Stato non è che il frutto dell'evoluzione della Nazione, il grado di libertà che esso consente non può che coincidere, per definizione, con quello che, nel periodo storico dato, la Nazione vuole che sia garantito.

Allo stesso modo si spiega il filo di sostanziale continuità che, almeno in parte, lega, per questi aspetti, l'esperienza liberale a quella apertamente autoritaria dei regimi totalitari, che si affermano in molti Paesi europei tra le due guerre mondiali, quando la concezione statualistica toccherà il suo punto di massimo sviluppo: non sarà difficile a quei regimi innestare in un tessuto normativo, già caratterizzato in senso fortemente riduttivo delle solenni enunciazioni costituzionali, gli aggravamenti ritenuti funzionali ai nuovi indirizzi politico-istituzionali.

Il momento di passaggio dallo statualismo temperato, di stampo liberale, allo statualismo totalitario è preparato dalle vicende che accompagnano la fine dell'800 e l'inizio del nuovo secolo, quando più acute si manifestano le difficoltà di canalizzare le forti tensioni sociali originate dall'emergere di nuove classi sociali in un quadro istituzionale caratterizzato da una concezione fortemente elitaria del potere (si pensi, solo per fare un esempio particolarmente significativo in questo senso, a tutta la legislazione elettorale, ancora largamente basata sul principio censitario).

Dallo statualismo temperato allo statualismo totalitario

In un simile contesto di accentuata conflittualità, la legge non riesce più ad essere uno strumento di mediazione e di equilibrata interpretazione degli interessi della società, né esiste uno strumento per sanzionarne gli abusi, stante la richiamata natura flessibile delle Costituzioni di questo periodo. Viene così al pettine il nodo lasciato irrisolto degli abusi del legislatore, che rivela a pieno tutta la sua carica negativa sul terreno della salvaguardia dei principi costituzionali, in specie di quelli dedicati alla tutela dei diritti fondamentali, e si pongono le premesse per l'avvento dei regimi autoritari che caratterizzeranno la successiva esperienza di molti Paesi europei.

Tali regimi, come si è accennato, costituiscono l'espressione estrema del modello statualistico, sul quale innestano elementi di novità legati alla particolare concezione dei rapporti tra Stato e cittadini che con essi si afferma e che fa perno sul ruolo del partito unico, come soggetto di raccordo fondamentale tra società civile ed istituzioni, come unico interprete degli interessi generali.

In questa logica, i diritti sono solo quelli che il partito ritiene che debbano essere tutelati e la cui disciplina è affidata ad atti normativi adottati da organi che, al di là del nome (la legge, il Parlamento), hanno perso ogni seppur minima somiglianza con le istituzioni rappresentative del periodo liberale, in conseguenza dell'abolizione delle libertà politiche. Quella che prevale è una *concezione di tipo funzionalistico* dei diritti di libertà, il cui esercizio, anziché ricondotto al riconoscimento di sfere di autonomia dei singoli, appare ormai concepito e commisurato in funzione, appunto, del perseguimento degli interessi generali dello Stato, così come determinati ed interpretati dal partito unico.

Rinviando per quanto riguarda il fascismo alle considerazioni che saranno svolte nei successivi paragrafi, si può ricordare, quanto al nazismo, che le tensioni statualistiche ed autoritarie raggiungono in questa esperienza i livelli più alti. In questa sede ci si può limitare a richiamare il fatto che una delle coordinate di fondo delle riforme istituzionali del regime nazista fu lo scardinamento del sistema delle fonti normative: dopo l'avvento al potere di Hitler, infatti, si attribuisce la suprema normatività al "sano sentimento del popolo" (*gesundes Volksempfinden*), come interpretato dalla volontà del Capo (*Führersprinzip*); il che consentì l'instaurazione di un regime totalitario e sostanzialmente terroristico.

Diversamente dall'avvento del fascismo, l'ascesa al potere di Hitler avviene attraverso il travolgimento formale della Costituzione del 1919, con una serie di interventi che conferiscono al Governo e al suo Capo poteri pressoché assoluti anche in tema di imposizione di limiti all'esercizio dei diritti di libertà.

1.4. *La svolta del costituzionalismo contemporaneo: cenni*

È alla luce dell'esperienza degli Stati totalitari che hanno caratterizzato la prima metà del '900, ma anche dei limiti gravi che, come si è detto, avevano segnato l'esperienza degli Stati liberali, nel periodo precedente, che si spiega la svolta che la disciplina dei diritti di libertà conosce nelle Costituzioni europee del secondo dopoguerra.

Esse riprendono, integrandoli, alcuni elementi propri del costituzionalismo americano e francese: dal primo è mutuato il concetto di Costituzione come fonte e garanzia dei diritti di libertà, la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti e, conseguentemente, l'affermazione della rigidità della Costituzione e di un sistema di giustizia costituzionale per neutralizzare gli abusi del legislatore; dal secondo è ripresa l'idea della Costituzione come programma, che contiene la definizione dei valori generali destinati ad essere attuati successivamente dai poteri pubblici e, in primo luogo, dal legislatore (si veda il frequente ricorso all'istituto della riserva di legge), che però trova nella Costituzione rigida e garantita il suo limite (con l'eliminazione, dunque del rischio di un'abdicazione della Costituzione ad una *voluntas legislatoris* senza limiti). Su questo impianto si innesta poi la valorizzazione dei diritti fondamentali non solo come libertà c.d. "negative", ma anche come libertà "positive", attraverso la garanzia dei diritti sociali e di partecipazione politica.

*Le tendenze
del costituzio-
nalismo con-
temporaneo*

In sintesi, si può dire che queste Costituzioni rappresentano il tentativo di conciliare garantismo e statalismo con strumenti diversi rispetto al passato. Un tentativo che si muove in un quadro generale completamente mutato, nel quale lo Stato opera sulla base di un diverso principio di legittimazione (si torna al principio della sovranità popolare); nel quale si afferma un concetto di Costituzione come tavola di principi e valori non più disponibili per il legislatore ordinario (è il concetto di Costituzione rigida); nel quale la legge occupa sempre un ruolo centrale nella disciplina dei diritti di libertà, ma non è più concepita come "giusta" a priori ed incontra un limite invalicabile nella Costituzione, il cui rispetto è affidato ad una forma di eterocontrollo (forse la novità più significativa) da parte del giudice costituzionale.

Ma oggi una nuova frontiera si apre per una maggiore tutela dei diritti. Essa è rappresentata dall'ingresso rilevante in questo campo del diritto internazionale, ma soprattutto, per ciò che riguarda la regione europea, dall'introduzione, col Trattato di Lisbona del 2009, di una Carta dei diritti dell'Unione europea e, prima ancora, dall'entrata in vigore della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950). Quella che sino alla fine del secondo conflitto mondiale è stata una materia di esclusiva competenza

degli Stati, si avvia così a diventare un terreno comune di rafforzamento, all'interno dell'Unione, di diritti, principi e valori sui quali si sono costruite le diverse esperienze costituzionali degli ordinamenti statuali che in essa confluiscono.

CAPITOLO 2

I DIRITTI FONDAMENTALI NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE ITALIANA: DALLO STATUTO ALBERTINO ALLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

SOMMARIO: 2.1. Considerazioni introduttive: lo Statuto Albertino come Costituzione flessibile. – 2.2. La riserva di legge nell'esperienza statutaria. – 2.3. Il controllo di costituzionalità delle leggi in epoca liberale e fascista: cenni. – 2.4. La riserva di giurisdizione. – 2.5. I diritti di libertà nello Statuto Albertino: quadro generale. – 2.6. Il principio di eguaglianza. – 2.7. La libertà personale nell'esperienza liberale. – 2.7.1. *Segue*: le novità introdotte dal legislatore fascista in tema di misure di prevenzione. – 2.8. La libertà di espatrio e di emigrazione. – 2.9. La libertà di domicilio. – 2.10. La libertà di corrispondenza. – 2.11. I lineamenti generali della disciplina processual-penalistica: dal codice del 1865 a quello del 1930. – 2.12. La libertà religiosa: dallo Statuto alla legge delle guarantee. – 2.12.1. I Patti lateranensi e la legge sui culti ammessi. – 2.13. La libertà di stampa: dall'Editto sulla stampa all'avvento del fascismo. – 2.13.1. *Segue*: i primi interventi del legislatore fascista (dal gerente al direttore responsabile; l'Ordine e l'Albo dei giornalisti). – 2.13.2. *Segue*: la disciplina dei reati a mezzo stampa nel codice penale del 1930. – 2.13.3. *Segue*: la nuova legislazione di pubblica sicurezza. – 2.13.4. *Segue*: gli interventi economici a favore della stampa e la nascita di apposite strutture amministrative di settore (cenni). – 2.13.5. *Segue*: la disciplina degli spettacoli durante il periodo liberale. – 2.13.6. *Segue*: la legislazione fascista in materia di spettacoli teatrali e cinematografici: gli interventi censori. – 2.13.7. *Segue*: gli interventi di sostegno economico e l'intervento diretto dello Stato nel settore dello spettacolo. – 2.13.8. La disciplina della radiofonia. – 2.14. La libertà di riunione. – 2.15. La libertà di associazione. – 2.16. I diritti politici. – 2.16.1. *Segue*: la negazione dei diritti politici nel periodo fascista. – 2.17. Considerazioni di sintesi. – 2.18. I diritti fondamentali dopo la caduta del fascismo e nel periodo costituzionale provvisorio. – 2.19. I diritti fondamentali nel dibattito all'Assemblea costituente (cenni e rinvio).

2.1. *Considerazioni introduttive: lo Statuto Albertino come Costituzione flessibile*

L'analisi dell'esperienza costituzionale italiana, non può che assumere come primo punto di riferimento lo Statuto Albertino.

*La flessibilità
dello Statuto*

Concesso da Carlo Alberto nel 1848, esso nasce come Costituzione del vecchio Regno di Sardegna per divenire, dopo l'unità d'Italia, senza subire alcuna variazione, la Costituzione del Regno d'Italia e rimane vigente, formalmente inalterato, fino al 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Si vedrà successivamente come lo Statuto, nel corso degli anni e soprattutto con l'avvento del fascismo, rimase inalterato solo formalmente, poiché dal punto di vista sostanziale subì variazioni notevolissime ad opera della legislazione ordinaria, anche sul terreno dei diritti di libertà.

È dubbio se lo Statuto debba intendersi come una Costituzione flessibile o rigida. Ancora di recente, si è sostenuto che ogni Costituzione scritta, atto nel quale sono contenute le norme essenziali che identificano la forma di Stato e la forma di governo di un determinato ordinamento, costituisce, dal punto di vista giuridico, un *unicum* assolutamente non paragonabile agli atti di legislazione ordinaria e dunque da questi non modificabile, a meno che la Costituzione stessa non autorizzi espressamente a ciò una determinata fonte: la rigidità sarebbe quindi un carattere *naturale* (ancorché *non essenziale*) delle Costituzioni scritte (A. Pace [2]).

Quale che sia la fondatezza di tale tesi, è certo che lo Statuto Albertino fu considerato assai presto dai suoi commentatori una *Costituzione flessibile*, anche se è altrettanto certo che esso non fu mai formalmente novellato in nessuna delle sue disposizioni.

Da un punto di vista sostanziale, lo Statuto era una Costituzione che esprimeva un patto tra la Monarchia ed i gruppi dirigenti liberali rappresentativi della emergente borghesia: mentre la Corona, con l'emanazione dello Statuto, aveva perduto il potere di revoca unilaterale (sia per la natura pattizia dello Statuto, sia perché essa aveva perduto ogni autonoma potestà legislativa), non altrettanto poteva dirsi per la borghesia, i cui esponenti dominavano la rappresentanza parlamentare. In effetti, poiché lo Statuto non disciplinava né un procedimento di revisione costituzionale, né individuava un organo a ciò competente, e tantomeno prevedeva un controllo di costituzionalità delle leggi, fu ritenuto conseguentemente che il Parlamento fosse il solo organo abilitato alle modifiche costituzionali, una sorta di "costituente perpetua". Ciò spiega, tra l'altro, perché fu rapidamente abbandonata l'idea di dar vita ad un'Assemblea costituente che avrebbe dovuto, ai sensi della legge n. 747/1848, fissare «le basi e le forme di una nuova monarchia costituzionale, con la dinastia dei Savoia»: l'affermazione dei moderati liberali a scapito dei democratici rendeva impossibile immaginare soluzioni che avrebbero potuto ridimensionare il ruolo della borghesia, che ormai stava rapidamente conquistandosi il ruolo di classe egemone.

Queste considerazioni di carattere sostanziale rendono ragione di altri fattori, di natura tecnico-giuridica, che furono invocati a sostegno

della “flessibilità” dello Statuto, quali, ad esempio, la natura “elastica” delle sue disposizioni, che lasciavano ampi spazi di intervento al legislatore (L. Rossi), o l’asserito affermarsi di una consuetudine radicalmente innovativa delle regole sulla produzione normativa, che avrebbe reso possibile la modifica delle norme statutarie da parte delle leggi ordinarie (non mancò chi, come il Della Porta, parlò addirittura di una “usucapione consuetudinaria”, che avrebbe consentito al Parlamento l’esercizio del potere di revisione costituzionale).

2.2. *La riserva di legge nell’esperienza statutaria*

Quanto si è detto nel paragrafo precedente a proposito della natura flessibile dello Statuto spiega l’evoluzione (o meglio, l’involuzione) dell’istituto della riserva di legge negli sviluppi successivi dell’esperienza liberale.

L’idea di riservare la disciplina di una certa materia alla sola legge del Parlamento era stata concepita in funzione di garanzia, secondo quello che era il suo significato nelle Carte dei diritti risalenti al periodo medioevale, le quali imponevano l’adozione della legge, intesa come strumento di consenso degli interessati o dei propri rappresentanti, per ogni specie di limitazione della sfera di libertà dei singoli (C. Mortati). Già nel *Bill of rights* del 1689 è affermato il divieto di imporre tributi o altre prestazioni personali o patrimoniali senza il consenso del Parlamento.

Il principio della riserva di legge transita poi nelle Costituzioni dell’Europa continentale. Tra queste non fa eccezione lo Statuto Albertino, il quale riservava alla competenza del Parlamento la disciplina dei limiti alle libertà individuali, solennemente proclamate (si vedano, in particolare, gli artt. 24, comma 2; 26, comma 2; 27; 28, comma 1; 29, comma 2; 30; 32, comma 2).

Tuttavia, il significato ed il ruolo della riserva di legge in una Costituzione flessibile è assai diverso da quello che è destinato a rivestire nell’ambito di una Costituzione rigida. E infatti, come si è accennato, in quanto Costituzione flessibile, lo Statuto fu ritenuto liberamente derogabile dal legislatore, il quale, utilizzando gli amplissimi margini di discrezionalità che lo stesso Statuto gli consentiva, poteva legittimamente discostarsi dai principi in esso contenuti, che pure rimanevano formalmente inalterati. Non solo, ma il Parlamento poteva anche spogliarsi della sua competenza “riservata” a favore del potere regolamentare del Governo: come è stato efficacemente sottolineato, «in un simile contesto, dunque, la riserva di legge non riesce a realizzare che l’organo legislativo intervenga sempre direttamente nella sfera di libertà individuale e finisce in sostanza per coincidere col principio di legalità formale, il

*Riserva di legge
e Costituzione
flessibile*

quale in questo significato minimale, richiede solo una base legale per l'esercizio di un potere da parte del governo-amministrazione» (L. Carlassare).

In tal modo, fu possibile superare il disposto dell'art. 6 dello Statuto, secondo il quale «il Re [...] fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne»; in effetti, la prassi dei *regolamenti delegati* si impose assai presto e fu giustificata dalla dottrina sulla base della considerazione per cui, in regime di Costituzione flessibile, i principi costituzionali relativi al rapporto tra legge e regolamento dovranno ritenersi nella sostanziale disponibilità del Parlamento.

*L'espansione
dei poteri
normativi del
Governo*

Oltre alla sfera dei rapporti tra legge e regolamento, fenomeni di gravi deroghe alla riserva di legge nell'esperienza statutaria furono imputabili all'utilizzazione degli atti con forza di legge da parte del Governo (decreti legge e decreti legislativi) che, pur non essendo stati previsti dallo Statuto (e forse vietati, stante il disposto dell'art. 6) si imposero anch'essi nella prassi.

Ancora più grave, rispetto alla tutela dei diritti di libertà, fu l'istituto dello *stato d'assedio* che veniva dichiarato dal Governo, senza una preventiva autorizzazione delle Camere, in presenza di tumulti o insurrezioni interne. La giustificazione di questo istituto fu rinvenuta, in via di interpretazione analogica, nelle disposizioni del codice penale militare riferite allo stato di guerra, oltre che nell'art. 5 dello Statuto, che attribuiva al Re il potere di dichiarare la guerra.

Il ricorso allo stato d'assedio si traduceva in una potenziale compressione di tutti i diritti di libertà, in una certa area geografica, e vedeva il Parlamento quasi completamente emarginato: fino al 1898, infatti, le Camere si limitavano a prenderne atto, con appositi ordini del giorno, sia per quanto riguardava la proclamazione che la revoca; solo successivamente si affermò la prassi della richiesta del Governo della convalida parlamentare dei provvedimenti assunti (P. Pinna).

Oltre all'utilizzazione della delegazione legislativa e dello stato d'assedio, uno strumento che rendeva possibile al Governo di intervenire sul terreno della disciplina dei diritti costituzionalmente sanciti era quello del decreto legge, anch'esso, come detto, affermatosi in via di prassi, in assenza di previsioni statutarie al riguardo.

La tendenza ad un sostanziale svuotamento del principio della riserva di legge, con conseguente dilatazione dei poteri normativi non solo secondari, ma anche primari del Governo doveva successivamente rafforzarsi durante il regime fascista. È noto, infatti, che con la legge n. 100/1926 si procede, in primo luogo, a disciplinare espressamente sia i decreti legislativi, che i decreti legge (questi ultimi di immediata applicazione, soggetti a successiva conversione in legge da parte delle Camere, ma entro il termine amplissimo di due anni, e i cui effetti rimaneva-