

PARTE PRIMA  
QUESTIONI GENERALI



# 1.

## INTRODUZIONE

**BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE.** – P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti e doveri del cittadino*, in *NDI*, vol. V, Utet, Torino, 1957, p. 725 ss.; E. Casetta, *Diritti pubblici soggettivi*, in *EdD*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964; G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., Mohr, Tübingen, 1914; C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *SegUC*, 1954, p. 3 ss.; F. Pierandrei, *I diritti pubblici soggettivi nell'evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1945; V. Sica, *La imputazione delle situazioni costituzionali*, in *Scritti allievi Tesaurò*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 89 ss.; P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947.

### *Alcune definizioni*

**1.** – Studiare i diritti fondamentali significa avvicinarsi con l'approccio proprio del nostro tempo al problema dei **rapporti fra libertà e autorità**, fra individualità e collettività organizzata, **fra l'uomo e lo Stato** (e più in generale il potere pubblico). Questo è uno dei due campi in cui, fin dalle origini del costituzionalismo moderno – all'indomani delle rivoluzioni liberali di fine Settecento – si articola il diritto costituzionale. Riprendendo la formula contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino approvata in Francia nel 1789 – «gli Stati nei quali la separazione dei poteri non è assicurata e i diritti non sono garantiti non hanno costituzione» – si può infatti definire il **diritto costituzionale** come la disciplina che studia, accanto all'organizzazione dello Stato, i **diritti fondamentali dell'uomo**, come risulta anche dalla struttura delle costituzioni contemporanee, che sono spesso suddivise in una parte relativa a principi e diritti e in una parte relativa ai poteri politici supremi.

**2.** – I diritti fondamentali costituiscono la parte più importante di quello che si potrebbe definire «**diritto costituzionale sostanziale**», vale a dire quel complesso di norme costituzionali che si affiancano al **diritto costituzionale organizzativo e procedimentale**. Mentre quest'ultimo studia gli organi, i procedimenti e gli atti attraverso cui è disciplinato il potere politico supremo di un determinato Stato, il diritto costituzionale sostanziale regola il contenuto degli atti, e in particolare delle leggi, dello Stato (disciplinando anche i rapporti tra Stato e società civile) e consiste in quelle norme, stabilite per iscritto o desumibili implicitamente, che vincolano il potere legislativo e, a cascata, i poteri esecutivo e giudiziario. Il diritto costituzionale sostanziale

non ha un ambito materiale proprio, distinto da quello studiato da discipline giuridiche diverse dal diritto costituzionale, ma si caratterizza unicamente per la **fonte** da cui è prodotto (la Costituzione) e per il **rango** (supremo) di questa.

3. – I diritti della persona sono oggetto di studio anche da parte di **discipline giuridiche diverse** dal diritto costituzionale: dal diritto processuale penale (libertà personale, di domicilio e di comunicazione) al diritto ecclesiastico (libertà di religione), dal diritto dell'economia al diritto commerciale (diritti economici), dal diritto civile (proprietà e famiglia) al diritto penale (che accorda una protezione specifica ai beni che costituiscono l'oggetto di molti diritti fondamentali), dal diritto del lavoro (ove molti diritti sociali sono concretizzati) al diritto internazionale (per i diritti «umani») e al diritto dell'Unione europea. Una trattazione specifica dei diritti fondamentali, condotta nella prospettiva del diritto costituzionale, non intende svalutare il rilievo di altri diritti soggettivi (a volte non meno «fondamentali», se per fondamentali intendiamo «importanti»), che non hanno un fondamento diretto in Cost., ma hanno una base normativa nella legge statale, o nella legislazione regionale<sup>1</sup>, o in un trattato internazionale. Un corso monografico sui diritti fondamentali mira dunque a trattare **unitariamente** non tutti i diritti (non, cioè, tutte le situazioni soggettive di vantaggio riconosciute dall'ordinamento giuridico italiano), ma solo quei diritti che sono dotati di una protezione costituzionale. **I diritti fondamentali sono tali per la fonte che li individua** (la **Costituzione**, legge fondamentale dello Stato), non per la loro struttura giuridica.

I diritti fondamentali sono inoltre oggetto di studio da parte di varie **scienze umane e sociali** diverse dal diritto, dalla storia alla filosofia, dall'economia alla sociologia, dalla scienza politica alla teologia. Essi sono oggetto della cronaca quotidiana (che ogni giorno richiama l'attenzione su casi nuovi in materia di diritti) e di espressione artistica (sarebbe possibile redigere un elenco di testi letterari o una filmografia sul nostro tema) e hanno un ruolo molto importante nel dibattito pubblico contemporaneo. Del resto, le disposizioni costituzionali sui diritti e i doveri dei cittadini, oltre che come base di norme giuridiche e di situazioni giuridiche soggettive, svolgono anche altre funzioni, fra cui quella «educativa verso il popolo», configurandosi quasi come «una specie di catechismo politico»<sup>2</sup>. Rispetto alle discipline diverse dal diritto, questo corso si differenzia anzitutto per il metodo, che sarà volto a ricostruire la **regolazione giuridica** dei diritti fondamentali positivamente vigente in Italia.

4. – Parlando di **diritti** fondamentali, è bene muovere da una nozione generica di diritti, intesi come **situazioni giuridiche soggettive attive**, o di **vantaggio**, tutelate

---

<sup>1</sup> Nelle sent. n. 372, 378 e 379/2004 la Corte cost. ha escluso che la disciplina dei diritti rientri fra le materie di competenza degli stat. reg. Ma al di là delle affermazioni schematiche contenute in queste sentenze sta una realtà giuridica più articolata. Si v. qualche cenno e indicazioni bibliografiche nel § 732.

<sup>2</sup> F. Pergolesi, *Alcuni lineamenti*, p. 19.

dall'ordinamento, e in particolare dalla Cost.<sup>3</sup>. Essi proteggono interessi, beni e sfere di azione della persona umana e di gruppi di persone. L'elemento comune tra i diritti analizzati in questo corso sta dunque nell'essere «**fondamentali**». Questo termine, che ha avuto origine nella cultura giuridica tedesca<sup>4</sup> (soprattutto del secondo dopoguerra), è utilizzato nella Cost. it. solo nell'art. 32.1 per qualificare il diritto individuale alla salute. Il suo uso si è consolidato solo relativamente nella dottrina italiana<sup>5</sup>, mentre esso fa ormai parte del linguaggio utilizzato dalla Corte cost., almeno nell'ultimo decennio<sup>6</sup>. Ce ne serviremo per indicare quei diritti che sono riconosciuti e garantiti dalla Cost. in maniera *espressa* (con una disciplina più o meno dettagliata) o *implicita* (perché sono desumibili per consolidata interpretazione da alcuni dei diritti fondamentali o dalla clausola generale di cui all'art. 2 Cost.). La disciplina costituzionale sarà dunque il punto di riferimento ultimo, anche se si dovrà altresì tener conto dei diritti riconosciuti a livello sovranazionale (nel quadro della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea) o internazionale (nell'ambito della CEDU o di specifici trattati di rilievo costituzionale), che sono rilevanti per la base costituzionale su cui poggiano (art. 11 e 117.1 Cost.).

5. – Dalla previsione in Cost. derivano due caratteristiche comuni a tutti i diritti fondamentali. In primo luogo essi **concorrono a definire la forma stessa dello Stato** italiano<sup>7</sup>, qualificandolo come una **democrazia costituzionale**<sup>8</sup>. Essi sono «il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale», come afferma l'art. 10.1 Cost. spagnola, con una formula che descrive efficacemente anche la loro posizione nell'ordinamento italiano. Ciò spiega anche per quale motivo sia così diffusa la tesi della sottrazione dei diritti fondamentali alla revisione costituzionale (v. § 235 ss.). Del resto una comparazione, anche sommaria, tra la Cost. it. e le principali cost. liberal-democratiche lo conferma: i diritti elencati in Cost., e in particolare le libertà fondamentali e i diritti politici, sono i medesimi diritti garantiti dalle altre cost. dello Stato liberal-democratico con-

<sup>3</sup> Per una simile definizione minimale si v. (in una prospettiva disciplinare e metodologica diversa da quella seguita in questo corso) G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 12.

<sup>4</sup> Si v. le costituzioni di Francoforte (1848), Weimar (1919) e Bonn (1949).

<sup>5</sup> Nella manualistica lo utilizzano P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit. P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali*, cit. e S. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Franco Angeli, Torino, 2018. Le principali trattazioni in questo ambito – che in Italia costituiscono ormai dei veri e propri classici di settore – si limitano invece allo studio delle libertà (P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991 e A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, *Parte Generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003). Fra le prime utilizzazioni di questo concetto si v. P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947. Per la tesi (non condivisibile) che debbano considerarsi fondamentali solo le libertà funzionali al metodo democratico – che per questo motivo non potrebbero essere limitate – v. G. Clemente di San Luca, *Libertà dell'arte e potere amministrativo*, I. *L'interpretazione costituzionale*, Edit. Scientifica, Napoli, 1993, p. 55-60 e 70.

<sup>6</sup> Si v. a puro titolo di esempio la sent. n. 120/2014, ove si parla di rispetto dei diritti fondamentali e la sent. n. 63/2016, ove si esamina il diritto fondamentale di libertà religiosa.

<sup>7</sup> Così A. Pace, *Problematica*, I, (2003), p. 7, sottolineando la centralità dell'art. 2 Cost.

<sup>8</sup> In questa sede l'espressione utilizzata nel testo è considerata equivalente ad altre, come democrazia liberale, democrazia sociale (o Stato sociale di diritto) o democrazia pluralista.

temporaneo, pur se ciascuno Stato (è il caso anche dell'Italia) innesta su questo patrimonio comune alcune peculiarità, che concorrono a specificare la sua identità costituzionale.

6. – In secondo luogo, i diritti a base costituzionale, per riprendere l'art. 1.3 della LF tedesca «**vincolano tutti i poteri statali**» e, in particolare, hanno la speciale proprietà di **vincolare il legislatore**. Questo dato è di particolare rilievo, in quanto la legge è la manifestazione per eccellenza del potere politico e, nell'ordinamento italiano, del potere politico democratico. Inoltre, nei modi che si vedranno (§ 235 ss.), i diritti fondamentali costituiscono un limite allo stesso potere di revisione costituzionale, dunque alla fonte normativa più elevata all'interno dell'ordine costituito. La «fondamentalità» dei diritti studiati in questo corso consiste nel fatto che **essi aspirano a conformare l'intero ordinamento giuridico**, sebbene oggi un vincolo analogo derivi anche dai diritti di radice internazionale e sovranazionale.

### *Alcune classificazioni*

7. – Accanto agli elementi comuni ora menzionati, fra i diritti fondamentali sussistono peraltro sensibili **differenze di struttura e di contenuto**: si tratta, infatti, di una categoria eterogenea, al cui interno è possibile operare varie classificazioni.

8. – Una prima distinzione è relativa alla titolarità dei diritti fondamentali.

I **diritti individuali**, come la libertà personale, di domicilio, di corrispondenza, di manifestazione del pensiero, di religione hanno come titolari le singole persone fisiche. I **diritti collettivi**, come i diritti delle minoranze linguistiche *ex art. 6 Cost.*, delle confessioni religiose *ex art. 8 Cost.* e delle organizzazioni sindacali *ex art. 39 Cost.*, spettano invece ai gruppi. In una posizione intermedia fra i primi ed i secondi stanno i **diritti individuali ad esercizio collettivo**, i cui titolari sono le singole persone, ma che possono essere esercitati solo assieme ad altri, come il diritto di sposarsi, la libertà di riunione e di associazione, lo sciopero e la libertà di associazione sindacale. Alcuni diritti individuali sono suscettibili di essere esercitati *anche* dai gruppi, o quantomeno dai soggetti collettivi, come la libertà di domicilio (si pensi al domicilio di una persona giuridica).

9. – Una seconda **classificazione** distingue i diritti per «**generazioni**»<sup>9</sup>: essa ha cioè carattere storico, perché ha riguardo al momento in cui la garanzia dei vari diritti si è delineata e consolidata. Il riconoscimento dei diritti fondamentali, infatti, non è avvenuto nello stesso momento storico per tutti i diritti, ma si è articolato in fasi di-

---

<sup>9</sup>La classificazione – che e risale a K. Vasak, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in *Etudes Jean Pictet*, Nijhoff, La Haye, 1984, p. 837 ss. – è stata originariamente elaborata con riferimento ai diritti umani, radicati nel diritto internazionale, più che ai diritti fondamentali, previsti dalle cost. statali. Ma essa viene spesso utilizzata anche con riferimento a questi ultimi.

stinte, anche se vi sono degli intrecci tra una «generazione» e l'altra. Si parla allora di diritti di **prima generazione** per i diritti dello Stato liberale borghese, che videro la luce per lo più nelle Carte costituzionali di fine Settecento, all'indomani delle rivoluzioni francese ed americana e che furono poi riconosciuti dalle costituzioni ottocentesche: è il caso delle **libertà classiche** (personale, di domicilio, di pensiero, di religione), del voto (anche se poi solo nel corso del Novecento tali diritti vengono riconosciuti a tutti i cittadini adulti), del diritto di proprietà e di una serie di diritti in ambito penale e processuale.

I diritti di **seconda generazione** furono riconosciuti dapprima in alcune costituzioni adottate dopo la fine della I guerra mondiale (soprattutto la Cost. di Weimar del 1919, anticipata, riguardo ai diritti sociali, dalla Cost. messicana del 1917) e poi, in maniera più stabile, dopo la seconda guerra mondiale (ad es. la Cost. francese del 1946, la Cost. italiana del 1947 e la Legge Fondam. di Bonn del 1949). Essi includono le libertà ad esercizio collettivo (riunione, associazione), che erano state riconosciute, ma con forti limitazioni, nella prima generazione dei diritti e che acquisirono maggiore importanza man mano che nuovi soggetti sociali si consolidavano sulla scena politica (le c.d. masse, in particolare le masse operaie e contadine, che fino alla fine dell'Ottocento erano escluse dalla politica). La generalizzazione della titolarità dei **diritti politici** consentì alla maggioranza della popolazione di essere rappresentata nei Parlamenti, e di ottenere anche il riconoscimento dei **diritti sociali** (diritto all'assistenza sanitaria, alla pensione di vecchiaia, alla pensione di invalidità, il diritto del lavoro come insieme di limiti alla libertà di iniziativa economica), che interessano soprattutto alle categorie meno avanzate nella società. Si può vedere qui anche la dialettica fra l'eguaglianza formale (propria della prima generazione di diritti) e la c.d. eguaglianza sostanziale (di cui talora si ragiona circa i diritti di seconda generazione).

Dalla fine degli anni settanta del Novecento si è poi iniziato a ragionare di **terza generazione** di diritti fondamentali, che avrebbero natura per lo più collettiva, sarebbero ispirati al principio di solidarietà e riguarderebbero lo sviluppo<sup>10</sup>, la salute, la pace<sup>11</sup>, l'ambiente<sup>12</sup> e la comunicazione.

Negli ultimi decenni, nelle società post-industriali dell'Occidente si potrebbe forse individuare un'ulteriore generazione di diritti (sarebbe la **quarta**), fra cui rientrerebbero le situazioni soggettive relative all'autonomia individuale nella sfera sessuale, alla vita familiare, alle nuove tecnologie e alla *privacy*, all'inizio e alla fine della vita, al campo della bioetica<sup>13</sup> e in quello dei rapporti fra generazioni (di persone, non di di-

<sup>10</sup> Il diritto allo sviluppo è previsto dall'art. 43 della Costituzione dell'Etiopia del 1994.

<sup>11</sup> Si v. l'art. 82 Cost. Colombia del 1991: «La pace è un diritto e un dovere da realizzare obbligatoriamente». Fra gli Stati socialisti si v. l'art. 27 della Cost. cubana del 1976.

<sup>12</sup> Fra i testi costituzionali che riconoscono il diritto all'ambiente si v. ad es. l'art. 201.1-V Cost. brasiliana del 1988, l'art. 49 Cost. colombiana del 1991, l'art. 23.3, n. 4 Cost. Belgio (nel testo ricodificato nel 1993), ove è previsto il «droit à la protection d'un environnement sain» e gli art. 41 e 42 Cost. argentina (riforma del 1994).

<sup>13</sup> Per un elenco dei diritti di quarta generazione simile a quello riportato nel testo v. E. Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 122.

ritti), ove si parla ormai di diritti delle generazioni future<sup>14</sup>. Nelle nuove democrazie costituzionali del sud del mondo trovano invece riconoscimento costituzionale nuovi diritti sociali, come il diritto all'alimentazione e alla casa<sup>15</sup> o diritti a beni comuni, come il diritto all'acqua<sup>16</sup>.

Il riconoscimento dei diritti è in molti casi la conseguenza della loro **scrittura** in una o più costituzioni (dunque della loro codificazione), ma più spesso è un riflesso delle trasformazioni della società, di **bisogni** diffusi rispetto ai quali si apre una lotta per qualificarli come diritti e per proteggerli, al limite, come diritti fondamentali. Ma questi ultimi, a loro volta, condizionano i rapporti sociali: il rapporto di influenza fra società e diritti è cioè bidirezionale. D'altro canto si deve escludere che alla emersione di un bisogno debba corrispondere necessariamente il riconoscimento di un diritto, anche per la tendenziale inesauribilità dei bisogni umani.

**10.** – Nell'ordinamento italiano, i diritti di prima e di seconda generazione sono stati messi per iscritto dapprima – in misura molto parca – nello Stat. Alb. e in seguito, organicamente, nella Cost. del 1947. Poiché la disciplina delle situazioni soggettive fondamentali contenuta nella Cost. non è quasi mai stata modificata, i diritti di terza e quarta generazione (con l'eccezione del diritto alla salute e della tutela della pace, già previsti nel testo originario della Carta del 1947) sono penetrati nel diritto italiano per via legislativa o giurisprudenziale, o mediante la tutela internazionale e sovranazionale dei diritti.

**11.** – Si deve poi distinguere fra **diritti fondamentali** e **diritti umani**: stabiliti dalle singole costituzioni statali i primi, direttamente previsti dal diritto internazionale (generale o «regionale») i secondi. I due tipi di diritti in molti casi coincidono quanto alle fattispecie in esse incluse, ma dovrebbero distinguersi per due ragioni: a) i diritti umani sembrerebbero finalizzati ad assicurare solo un minimo comune fra le diverse culture giuridiche, mentre i diritti fondamentali, pur includendo – almeno nelle democrazie liberali consolidate, fra le quali rientra l'Italia – le fattispecie garantite dai diritti umani, le integrano talora con diritti fondamentali che non sono parte del patrimonio universale ma che dipendono dalle tradizioni storiche e culturali di ciascun Paese; b) mentre i diritti umani vincolano *ab externo* gli Stati, ma non penetrano direttamente nei loro ordinamenti giuridici, i diritti fondamentali sono in grado di offrire di norma una tutela piena alle aspettative individuali alla cui protezione essi sono finalizzati, configurandosi come la base giuridica per l'annullamento di leggi, regolamenti, atti amministrativi e sentenze, secondo quanto previsto da ciascun ordinamento. Entrambi tali criteri distintivi sono però problematici: da un lato la giuri-

---

<sup>14</sup> Al riguardo cf. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

<sup>15</sup> Si v. l'art. 6 Cost. brasiliana del 1988 (il riferimento all'alimentazione vi è stato inserito dalla riforma costituzionale n. 64/2010).

<sup>16</sup> Da ultimo si v. l'art. 44 Cost. tunisina del 2014. Secondo altri autori i diritti di quarta generazione includerebbero invece i diritti alla democrazia, all'informazione e al pluralismo: così P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, XXVIII ed., Malheiros, São Paulo, 2013, p. 590 (secondo il quale, *ibidem*, p. 598 ss., vi sarebbe poi una quinta generazione di diritti fondamentali, che includerebbe il diritto alla pace).



sprudenza attivista dei Tribunali internazionali «regionali» sui diritti umani – come la Corte eur. dir. uomo – lungi dal garantire solo un minimo comune, va spesso ben oltre quanto già previsto dalle cost. statali; dall'altro la giurisprudenza di questi tribunali si vede oggi riconosciuta in molti Stati una qualche efficacia che incide – sia pur con modalità molto varie – sulla validità di atti di diritto interno, giungendo così a tutelare effettivamente le aspettative individuali cui la loro disciplina si riferisce (v. § 132 ss.).

**12.** – La distinzione tra i **diritti dell'uomo** e i **diritti del cittadino**, evocata già dalla Dich. del 1789, ha oggi molta importanza per la situazione giuridica dello **straniero immigrato**. In passato questa distinzione aveva talora un significato collegato ai diritti politici: i diritti del cittadino erano spesso solo quelli del **cittadino attivo**, che aveva pieno diritto di partecipare alla politica, in un contesto nel quale il censo limitava fortemente tale possibilità.

**13.** – È ovviamente possibile distinguere i diritti anche in base all'**ambito materiale** cui si riferiscono e parlare di diritti civili, politici o economici, distinti dai diritti sociali o dai diritti culturali, o, ancora, dai diritti nel campo della salute e dell'inizio e della fine della vita: questo criterio è seguito in parte dai due grandi «Patti» internazionali, rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali. Ma esso è per certi aspetti accolto anche dalla Cost. it., la cui parte prima è suddivisa in quattro titoli, dedicati rispettivamente ai «rapporti civili», ai «rapporti etico-sociali», ai «rapporti economici» e ai «rapporti politici».

**14.** – Importante è anche la distinzione dei diritti in individuali e funzionali, che in Italia risale a Carlo Esposito. I **diritti individuali** «sono attribuiti all'uomo come tale e a vantaggio dell'uomo», in virtù di «ciò che essi rappresentano per esso singolo nelle sue qualità universali o per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali»<sup>17</sup>. Fra di essi rientrano quasi tutte le libertà (ad eccezione della libertà di insegnamento e, una volta costituito il rapporto associativo, la libertà nell'associazione<sup>18</sup>) e più in generale i diritti della persona, nonché la proprietà privata, nella sua dimensione strettamente personalistica. Questi diritti sono riconosciuti ai loro titolari per il soddisfacimento di fini da essi stessi definiti, eventualmente anche per scopi di carattere egoistico.

I **diritti funzionali** sono riconosciuti al singolo non nel suo interesse, ma «nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»<sup>19</sup>. Fra di essi vanno incluse le potestà familiari<sup>20</sup>, la pro-

---

<sup>17</sup> C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, p. 8.

<sup>18</sup> A. Pace, *Problematica*, I (2003), p. 85.

<sup>19</sup> C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, p. 8. Ma v. già S. Romano, *Frammenti*, p. 111. Secondo G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 26, si potrebbe dubitare che le situazioni giuridiche funzionalizzate siano qualificabili come diritti soggettivi:

prietà privata (al di fuori della sua sfera necessaria al libero sviluppo della personalità individuale), in virtù della sua funzione sociale; l'iniziativa economica privata, in virtù del limite dell'utilità sociale; il diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione delle aziende; i diritti politici (voto, elettorato passivo, diritto di petizione, diritto di presentare una iniziativa legislativa popolare)<sup>21</sup>, in quanto costituiscono anche esercizio di una funzione pubblica.

**15.** – Anche fra i diritti fondamentali è poi possibile utilizzare la tradizionale distinzione, di origine privatistica, fra **diritti assoluti**, che sono validi *erga omnes*, e **diritti relativi**, che valgono verso un destinatario determinato. Mentre nel XIX sec. i diritti di libertà erano intesi come **diritti pubblici soggettivi**, validi solo nei confronti dello Stato, il costituzionalismo contemporaneo muove dall'idea che essi siano in linea di principio efficaci anche verso i terzi, con la conseguenza che essi si configurano come diritti assoluti, anche se – come si vedrà *infra* – il modo in cui tale efficacia si manifesta è diverso a fronte dei poteri pubblici e dei soggetti privati. I diritti sociali, invece, in quanto diritti a prestazione, hanno natura di diritti relativi e sono esigibili solo verso determinati soggetti tenuti ad erogare la prestazione. Tuttavia occorre avvertire sin d'ora che si ragiona qui di diritti assoluti in un senso diverso da quello oggi diffuso nella giurisprudenza e nella dottrina in materia di diritti fondamentali, che usa questa locuzione per indicare **diritti privi di limiti** (e in genere per negare che esistano diritti di questo tipo).

**16.** – La classificazione più importante<sup>22</sup> fra i diritti fondamentali è però quella tra libertà da un lato e diritti sociali dall'altro, o, meglio, tra diritti di libertà e diritti a prestazione da parte dello Stato. Tale distinzione ha valore centrale perché questi due tipi di diritti descrivono due modi opposti di atteggiarsi del rapporto tra il cittadino e lo Stato: alle libertà corrispondono anzitutto **obblighi di non fare** da parte dello Stato (obblighi negativi), mentre gli obblighi di fare hanno un ruolo solo indiretto; invece ai diritti sociali corrispondono soprattutto **obblighi di fare** (obblighi positivi)<sup>23</sup>. Nei diritti di libertà (libertà personale, di riunione, di religione, di manifestazione del

---

esse andrebbero piuttosto intese come garanzie di istituti. Viceversa le «situazioni soggettive sicuramente qualificabili come diritti soggettivi pubblici ... non sarebbero in alcun caso suscettibili, per il nostro diritto positivo, di funzionalizzazione».

<sup>20</sup> Parla espressamente di carattere funzionale del diritto dei genitori naturali di educare la prole la sent. n. 11/1981 della Corte cost.

<sup>21</sup> Per questo aspetto si può seguire in linea di massima la classificazione di A. Pace, *Problematica*, (2003), I, cit., p. 88.

<sup>22</sup> Non si tratta però di una «grande dicotomia», nel senso di Norberto Bobbio (*La grande dicotomia*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 145-163), in quanto alcuni diritti non sono inclusi in nessuna delle due categorie.

<sup>23</sup> Peraltro la distinzione tra obblighi positivi e obblighi negativi dello Stato è utilizzata oggi nella giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo all'interno di un sistema di protezione limitato alle libertà. Secondo la Corte di Strasburgo ciascuno di tali diritti imporrebbe agli Stati contraenti da un lato obblighi (negativi) di astensione e dall'altro obblighi (positivi) di protezione, soprattutto da interventi abusivi di terzi.

pensiero, ecc.) la **struttura** della fattispecie garantita consiste nella **pretesa del cittadino a che lo Stato si astenga** dall'intervenire in una certa sfera che viene riconosciuta come contenuto di quella libertà. Per utilizzare le parole di Santi Romano, «i diritti di libertà ... hanno per oggetto non l'azione (o omissione) permessa, per es. il compimento di un atto di culto, la stampa di un libro, ecc., ma soltanto l'omissione, da parte dello Stato o di un altro ente pubblico, delle azioni che impediscano o turbino le prime: il loro contenuto è quindi negativo»<sup>24</sup>.

A questo proposito si parla dunque di **libertà negative** (o diritti di difesa – *Abwehrrechte*, secondo una nota terminologia tedesca) perché si tratta di pretese a che lo Stato non faccia, e a che tale *non facere* garantisca di per se stesso l'essenza della libertà, restando (almeno in linea di principio) indifferente che essa sia esercitata o meno<sup>25</sup>. Alla base di questi diritti c'è l'idea che l'essere umano sia libero in virtù del fatto che nessun altro interferisce nella sua sfera giuridica<sup>26</sup>.

È bene precisare che la locuzione «**libertà negative**» può essere intesa in due accezioni diverse. Da un lato con essa si descrive la «prima generazione» dei diritti o, detto in un altro modo, le libertà, vale a dire **le pretese del singolo all'astensione da parte dello Stato** negli ambiti che costituiscono i singoli diritti e che li differenziano tra loro (libertà personale, di domicilio, manifestazione del pensiero, corrispondenza, religione, ecc.). Ma d'altro lato si parla di libertà «negative» anche in un altro senso, pure riferito a queste stesse libertà, le quali sono per lo più indifferenti all'esercizio che il titolare ne faccia, nel senso che l'esercizio può tradursi in una attività o in una non attività: la libertà di religione, ad es., può essere esercitata «in positivo» o «in negativo», praticando un culto o non praticandolo; la libertà di associarsi garantisce sia la libertà di associarsi con altri, sia quella di non associarsi. In questo senso si indica con libertà negativa il **versante inattivo di una libertà**.

**17.** – Nei **diritti sociali** accade il contrario. Essi consistono in una pretesa ad un *facere*, ad una prestazione positiva da parte dello Stato, **alla erogazione di una prestazione** (consistente in un bene, in un servizio o in una somma di denaro).

Il soddisfacimento di tale pretesa richiede un'attività molto complessa, che consiste nell'acquisizione delle risorse necessarie (per lo più attraverso l'imposizione fiscale), nella predisposizione di appositi apparati e nella effettiva erogazione delle prestazioni da parte di questi (ad es., nel caso del diritto all'istruzione: l'istituzione di scuole di ogni ordine e grado, il reclutamento degli insegnanti, l'organizzazione del servizio, l'effettiva erogazione di esso).

La distinzione, se portata all'estremo, corrisponde anche a due diverse concezioni del mondo: il **liberalismo** ed il **socialismo**, e con uno Stato non interventista ed uno Stato interventista in materia economica e sociale. In effetti i due tipi di diritti in alcune fasi storiche sono stati ritenuti inconciliabili: così alcuni Stati liberali, durante il

<sup>24</sup> S. Romano, *Principi*, cit., p. 113.

<sup>25</sup> A. Pace, *Problematica*, I (2003), p. 75 ritiene invece non più utilizzabile la locuzione «libertà negative», una volta fuorusciti dallo scenario statocentrico in cui aveva visto la luce la teoria dei diritti pubblici soggettivi.

<sup>26</sup> Le libertà, inoltre, sono irrinunciabili, inalienabili e imprescrittibili.

XIX secolo, garantivano solo la prima categoria di diritti (anche se furono gli Stati liberali ottocenteschi ad introdurre l'istruzione elementare obbligatoria e gratuita, che come si vedrà è il primo dei diritti sociali); i regimi comunisti nei decenni centrali del «secolo breve» tutelavano invece i soli diritti sociali, mentre i diritti di libertà e i diritti politici erano garantiti solo sulla carta e svuotati di ogni significato, anzitutto per l'eliminazione del pluralismo politico. Gli Stati liberal-democratici del Novecento (a partire dalla Cost. di Weimar) hanno invece tentato una **conciliazione**, costruendo un sistema nel quale venivano garantiti sia i diritti sociali, sia le libertà.

Naturalmente i punti di conflitto rimangono: per garantire i diritti sociali, che per definizione **costano**, occorre ottenere risorse attraverso l'imposizione fiscale e quindi incidere quantomeno nell'ambito dei diritti economici (fra cui la proprietà), con conseguente limitazione di alcuni diritti riconducibili in fondo allo schema delle libertà (la proprietà non è ovviamente una libertà ma un diritto reale; tuttavia, nel rapporto fra il titolare del diritto e lo Stato lo schema è lo stesso delle libertà: una pretesa a che lo Stato non intervenga nel godimento dei beni). La dialettica fra libertà e diritti sociali rimane, ma molte costituzioni contemporanee, fra cui quella italiana, tentano di conciliare i due tipi di diritti, senza sacrificare integralmente nessuno di essi e su tale idea di conciliazione, o se si vuole di **compromesso**, si basa lo Stato liberal-democratico di ispirazione sociale, almeno nell'Europa contemporanea.

## 2.

### CENNI STORICI SUI DIRITTI FONDAMENTALI

**BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE.** – P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *EdD, Annali*, vol. II-2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 365-417; V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo – L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2014; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991; G. Jellinek, *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1905; G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), Laterza, Bari, 2002; G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, (1978), Laterza, Roma-Bari, 2001; C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984 (tr. it. di *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928); K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, Beck, München, 1988.

**18.** – La protezione dei diritti fondamentali ha avuto origine nella **storia moderna dell'Occidente** (europeo ed americano) a partire dalla fine del settecento.

Ci si è a lungo interrogati sulle radici della protezione dei diritti prima di tale momento. Si è parlato al riguardo di una preistoria (*Vorgeschichte*) – fino al 1600 circa – e di una storia intermedia (*Zwischengeschichte*) – dal 1600 al 1776 – dei diritti fondamentali, per sottolineare che se molte **premesse culturali** dei diritti fondamentali (fra le altre l'Antico Testamento<sup>1</sup>, la filosofia politica della Grecia classica<sup>2</sup>, la cultura giuridica romana<sup>3</sup>, lo stoicismo, il cristianesimo, il calvinismo, la teoria dei diritti di Francisco Vitoria, ecc.) – fra esse in particolare il riconoscimento della dignità dell'uomo – risalgono a tali periodi, solo con le dichiarazioni dei diritti americane e francesi ha inizio la vera e propria storia dei diritti fondamentali<sup>4</sup>.

In ogni caso, una ricostruzione dello sviluppo storico dei diritti fondamentali deve evidenziare due dimensioni: il **riconoscimento** e la **proclamazione** dei diritti fonda-

---

<sup>1</sup> V. ad es. A. Penna, *I diritti umani nel Vecchio Testamento*, in G. Concetti (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Ave, Roma, 1982, p. 61 ss.

<sup>2</sup> Per il tentativo di rintracciare le premesse di una cultura dei diritti in Aristotele si v. F.D. Miller jr., *Aristotele e i diritti*, in *FP*, 3/2005, p. 365 ss.

<sup>3</sup> Ad es. secondo E. Stolfi, *I "diritti" a Roma*, in *FP*, XIX:3 (dic. 2005), p. 383 ss. è problematica l'esistenza nella cultura giuridica romana della stessa nozione di diritto soggettivo. Se espressioni quali "ita jus esto", "jus vitae ac necis", "jus commercii", "jus migrandi", e altre, depongono nel senso dell'esistenza di una valenza soggettiva, e non solo oggettiva del termine *jus*, e se esistette una consapevolezza dell'esistenza di situazioni giuridiche soggettive, la cultura giuridica romana non elaborò il concetto di diritto soggettivo, che si deve invece alla prima modernità.

<sup>4</sup> Così K. Stern, *Das Staatsrecht*, cit., p. 56 ss. e 83.

mentali; la loro effettiva protezione mediante apposite tecniche di **garanzia**. Non sempre queste due dimensioni si sono sviluppate congiuntamente. La storia dei diritti fondamentali deve mettere in evidenza sia il processo di individuazione dei diritti da tutelare, sia le forme attraverso cui essi sono diventati vincolanti per tutti i poteri statali come diritto superiore.

**19.** – La storia dei diritti fondamentali è in parte anche la storia politica degli Stati in cui essi sono stati riconosciuti o negati e la storia della teoria costituzionale degli ultimi due secoli, vista da una angolatura particolare, quella della protezione del cittadino di fronte allo Stato (*Man versus the State*) e più in generale di fronte ai poteri pubblici, e in parte anche privati. I diritti di libertà, in particolare, costituiscono il filo conduttore della storia del costituzionalismo moderno<sup>5</sup>. Anche se molte esperienze costituzionali nazionali hanno contribuito a costruire le tecniche di protezione dei diritti fondamentali, la storia di questi ultimi è debitrice soprattutto di **tre grandi tradizioni costituzionali**: quella inglese, quella americana e quella francese<sup>6</sup>. Oltre ad esse, va segnalato il contributo della cultura giuridica tedesca dell’ottocento e del novecento all’elaborazione delle categorie interpretative oggi prevalenti nella dottrina che studia questo tema e nella giurisprudenza che lo implementa.

### *La tradizione inglese*

**20.** – La tradizione inglese è l’unica fra le tre grandi tradizioni costituzionali nazionali ora indicate, che risale ad un periodo anteriore alla fine del Settecento. Essa – malgrado le due rivoluzioni del Seicento (1640-49 e 1688-89) – è caratterizzata da una forte continuità: le più importanti garanzie dei diritti (ad es. la libertà personale), sono state **costruite gradualmente nello sviluppo storico** (e si può dunque dire che esse hanno un’origine consuetudinaria) e in alcuni momenti sono state **fissate in documenti solenni**, come la *Magna Charta* del 1215 e poi i vari *Bill of rights*, in particolare quello approvato nel 1689 dopo la seconda rivoluzione inglese (la c.d. *Glorious Revolution*), che segnò la definitiva sconfitta del tentativo dei monarchi della dinastia Stuart di instaurare un regime assoluto simile a quello che si stava consolidando in buona parte del continente europeo. Questi documenti scritti erano per lo più intesi come confermativi di diritti già vigenti, che erano stati messi in dubbio in alcuni momenti di scontro politico, e che venivano solennemente riaffermati, ma non proclamati *ex novo*. I documenti medievali come la *Magna Charta* (ed altri meno importanti) più che costituzioni in senso moderno erano patti o contratti di dominazione<sup>7</sup> fra

---

<sup>5</sup>P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 1. Secondo A. D’Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 1, «la tutela dei diritti fondamentali costituisce il baricentro, il cuore del costituzionalismo».

<sup>6</sup>La sottolineatura del rilievo delle tradizioni indicate nel testo è diffusa: si v. ad es. J. Ipsen, *Staatsrecht II – Grundrechte*, XI ed., C. Heymanns, München, 2008, p. 3-7.

<sup>7</sup>M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 13.

il Re ed i nobili e poi fra il Re e la rappresentanza parlamentare, per stabilire i reciproci diritti e doveri. Fra l'altro è possibile trovare esempi di patti di questo tipo anche in altri ordinamenti, come la garanzia dei diritti approvata dalle *Cortés* del Regno spagnolo di León nel 1188 e la c.d. *Joyeuse Entrée* del Brabante del 1356.

21. – La **storia**, nella tradizione inglese, è vista come fonte di diritti che proteggono la persona dal potere statale: in essa vanno ricercate le basi per i diritti, garantiti dai giudici perché ritenuti fondati nella consuetudine interpretata come diritto comune (*common law*). Per questo motivo si è affermato che la cultura delle libertà espressa dalla tradizione inglese è **individualistica** e **storicistica**, ma antistatualistica<sup>8</sup>. L'assenza di una generalizzazione dei diritti li esponeva al destino che li aveva segnati nel medio evo europeo: quello di essere soltanto trattamenti di favore a beneficio di parte della popolazione, di essere in sostanza non diritti ma **privilegi**.

22. – Singolarmente quello britannico è anche l'unico ordinamento in cui ancor oggi i diritti fondamentali non sono codificati in una cost. vera e propria. Tuttavia, anche grazie alla ininterrotta presenza di un Parlamento rappresentativo, la cultura giuridica inglese è sempre stata un terreno favorevole per la protezione di alcuni diritti dall'arbitrio delle autorità amministrative. Questa protezione emerse nella giurisprudenza e a volte nella legislazione, ma non condusse mai all'adozione di una solenne dichiarazione dei diritti, distinta formalmente dalle altre leggi<sup>9</sup> (abbiamo dunque, in questo caso, protezione dei diritti senza dichiarazione dei diritti)<sup>10</sup>.

Dal 1998 esiste nel Regno Unito un documento che svolge in parte la funzione di catalogo costituzionale dei diritti: lo **Human Rights Act 1998**, infatti, riproduce la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (precisando le condizioni alle quali essa è incorporata nel diritto britannico). In particolare, l'art. 3 dello *Human Rights Act* stabilisce che i giudici britannici, qualora si trovino ad applicare una norma legislativa contrastante con la CEDU (e quindi con lo stesso *Human Rights Act*), devono in primo luogo tentare di interpretarla in maniera conforme alla stessa CEDU (e dunque, qualora essa sia assoggettabile a diverse interpretazioni, devono scegliere quella compatibile con la Convenzione). Qualora ciò non sia possibile, i giudici devono applicare il diritto britannico, anche se incompatibile con la CEDU. Solo ad alcuni giudici supremi (indicati nell'art. 4.5) è riconosciuto il diritto di emettere delle «dichiarazioni di incompatibilità» fra la legge britannica e la Convenzione, ma tali dichiarazioni non producono effetti sulla validità della legge: resta invece riservata al Parlamento l'eventuale abrogazione della norma britannica contrastante con la CEDU. Si tratta dunque di una forma di *weak judicial review*.

---

<sup>8</sup> M. Fioravanti, *Appunti*, p. 9.

<sup>9</sup> Le dichiarazioni sopra citate erano infatti leggi ordinarie, oltretutto redatte in un'epoca anteriore a quella delle Costituzioni scritte degli ultimi due secoli.

<sup>10</sup> Se ne può desumere che, se la dichiarazione (o la proclamazione) dei diritti è certamente un modo per favorirne la tutela, si può avere tutela dei diritti anche senza la loro solenne e formale proclamazione, così come può darsi anche il caso opposto: quello di solenni dichiarazioni dei diritti cui non è riconosciuta efficacia giuridica vincolante. Si possono fare almeno tre esempi di questa seconda situazione: la Dich. dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789 (su cui si v. subito oltre nel testo), la Dich. Univ. del 1948 e da ultimo la CDFUE, nel periodo fra la sua proclamazione al Consiglio europeo di Nizza del 2000 e la sua entrata in vigore (1.12.2009) a seguito della sua incorporazione nel Trattato di Lisbona del 2007.

*La tradizione statunitense*

**23.** – Le altre due tradizioni costituzionali nelle quali il riconoscimento dei diritti fondamentali ha avuto origine – quella americana e quella francese – si sono sviluppate dopo le grandi rivoluzioni della fine del Settecento<sup>11</sup>.

I documenti di riferimento della tradizione americana sono la **Dichiarazione di indipendenza** degli Stati Uniti del 4 luglio 1776 e le cost. delle 13 ex colonie britanniche adottate prima o dopo la loro indipendenza (fra tutte la più celebre è la Dich. dei diritti della Virginia del 12 giugno 1776). Nella Dich. indipendenza erano invocati gli inalienabili diritti alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità. I principali diritti enunciati nella Dich. della Virginia erano la libertà, la proprietà privata, la sicurezza, il diritto di resistenza, la libertà di coscienza e la libertà di religione. Il linguaggio di queste dichiarazioni evocava un fondamento dei diritti risiedente nella natura umana o nella rivelazione cristiana, o comunque anteriore allo Stato, pertanto con un approccio di tipo giusnaturalistico.

**24.** – La Cost. federale degli Stati Uniti del 1787, entrata in vigore nel 1789, non conteneva una dichiarazione dei diritti, che venne invece prevista negli primi nove emend. alla Cost., approvati nel 1791 (il c.d. **Bill of rights**), nei quali furono riconosciuti la libertà di religione, la libertà di parola, la libertà di riunione, il diritto di petizione (I emend.), il diritto di portare armi (II emend.), il diritto alla sicurezza della persona, del domicilio e della corrispondenza (IV emend.), una serie di diritti ad un «giusto» processo penale (V, VI e VIII emend.), il diritto al processo mediante una giuria (VII emend.). Nell'individuazione dei diritti garantiti, la tradizione americana è in continuità con quella inglese, ma si differenzia da essa in quanto i vari documenti in cui essa prende corpo (anzitutto la Dich. della Virginia) non mirano solo a confermare diritti già riconosciuti, ma a proclamarli come vincolo nel futuro per i poteri statali<sup>12</sup>.

**25.** – Ma, soprattutto, l'esperienza costituzionale statunitense si è caratterizzata per il riconoscimento, sin dal 1803, della garanzia dei diritti anche nei confronti del legislatore democratico, statale e federale. Nella tradizione americana si è infatti sviluppato il **controllo di costituzionalità delle leggi**, che ha le sue radici nella sentenza *Marbury vs Madison* adottata nel 1803 dalla Corte suprema, nella quale essa venne affermata per la prima volta. Nell'Europa continentale, invece, la giustizia costituzionale è stata introdotta solo nel Novecento e, con alcune precarie eccezioni (Austria e Cecoslovacchia nel 1920, Repubblica tedesca di Weimar dal 1925, Spagna nel 1931-36), solo dopo la seconda guerra mondiale.

<sup>11</sup> Secondo C. Schmitt, *Dottrina*, p. 212, la storia dei diritti fondamentali comincia con le dichiarazioni degli Stati americani del XVIII secolo, quando essi acquisiscono la loro indipendenza dall'Inghilterra. «È lì ... l'inizio dell'era liberale e dello Stato di diritto moderno delle libertà borghesi».

<sup>12</sup> Su questa differenza fra le dichiarazioni americane di fine Settecento e le precedenti dichiarazioni britanniche si v. ad es. G. Jellinek, *La Dichiarazione*, p. 31.



La tradizione americana, in questo riallacciandosi in parte a quella inglese, ha sempre riconosciuto al **giudice** un ruolo molto importante nella garanzia delle libertà. Ma mentre nell'esperienza britannica ai giudici non è consentito annullare o disapplicare leggi da essi ritenute contrastanti con i diritti fondamentali<sup>13</sup>, in quella statunitense ciascun giudice ha il potere/dovere di disapplicare le leggi incostituzionali: e fra le cause di incostituzionalità, la violazione dei diritti fondamentali riveste tradizionalmente un ruolo cruciale. La dichiarazione espressa dei diritti più importanti si affianca dunque, in questa tradizione, alla garanzia della loro piena giuridicità (anche se è bene precisare che questo risultato, di cui la sent. *Marbury v. Madison* pose le premesse, rimase a lungo latente e si realizzò effettivamente solo a partire dalla fine del XIX secolo)<sup>14</sup>.

### *La tradizione francese*

**26.** – Il contributo francese alla storia dei diritti fondamentali consiste anzitutto in una serie di Dichiarazioni approvate durante il periodo rivoluzionario, la prima e più importante delle quali è la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** approvata dall'Assemblea costituente il 26 agosto 1789. Influenzata dal pensiero illuministico e dalle dichiarazioni dei diritti redatte nell'America del Nord, la celebre Dich. francese del 1789 muoveva dall'affermazione che «gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti» (art. 1) e che «il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», che sono «la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione» (art. 2). Oltre ad alcune affermazioni generali di teoria dello Stato (il principio della sovranità della nazione di cui all'art. 3; la proclamazione, nell'art. 4, per cui «la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri», con i soli limiti finalizzati ad assicurare il godimento dei diritti altrui, definiti dalla legge, la quale – secondo l'art. 5 – «può vietare solo le azioni nocive alla società»; la definizione della legge come «espressione della volontà generale» e quella della cost. come atto che garantisce i diritti dei cittadini e prevede la separazione dei poteri), la Dich. del 1789 prevedeva espressamente il diritto di tutti i cittadini di concorrere alla formazione della legge mediante loro rappresentanti e la loro eguale ammissibilità alle cariche elettive (art. 6), la libertà dagli arresti (art. 7), la legalità delle pene (art. 8), la presunzione di innocenza (art. 9), la libertà di opinioni religiose (art. 10) e di comunicazione di pensieri ed opinioni (art. 11), il diritto a partecipare direttamente o mediante rappresentanti alla deliberazione delle imposte (art. 13 e 14) e il diritto di proprietà (art. 17). Alla Dich. del 1789 ne seguirono poi altre, di solito approvate in occasione dell'adozione di nuove costituzioni.

---

<sup>13</sup> ... anche se proprio nell'esperienza inglese si può ravvisare un celebre precedente – il c.d. *Bonham's case* (1610) – in cui un giudice (Edward Coke) dichiarò inapplicabile una legge che fosse in contrasto con il *common right and reason*. Tuttavia, in seguito, il successo del Parlamento nel conflitto costituzionale con i monarchi Stuart condusse a vedere nel *King in Parliament* (cioè nella comune volontà del Re, della Camera dei Comuni e della Camera dei *Lords*) la volontà suprema e non sindacabile dello Stato.

<sup>14</sup> V. al riguardo B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008.

**27.** – La proclamazione dei diritti in apposite dichiarazioni, distinte dai testi costituzionali, fece emergere una distinzione, che segnò il costituzionalismo europeo per oltre un secolo, fra la **costituzione** vera e propria (ad es. la Cost. francese del 1791, che peraltro conteneva alcune disposizioni sui diritti, in particolare nel Preambolo), destinata a disciplinare il rapporto fra i poteri politici supremi dello Stato, e la **dichiarazione dei diritti**, volta a regolare – con disposizioni che per lungo tempo furono ritenute non giuridicamente vincolanti – il rapporto fondamentale fra Stato e cittadino. In seguito alcune dichiarazioni furono inserite nei testi costituzionali, ma vennero relegate nel Preambolo, sul presupposto di una efficacia politicamente impegnativa, ma non giuridicamente vincolante, di quest'ultimo: è ad es. il caso della Cost. francese del 1946, che disciplina i diritti nel Preambolo. Anche l'attuale Cost. del 1958 non contiene una carta dei diritti, ma rinvia al preambolo della Cost. del 1946.

**28.** – Alla **Dichiarazione** dei diritti del 1789, di stampo liberale-classico, seguì quella radicale **del 1793**, voluta dai giacobini e premessa all'Atto costituzionale del 1793: essa conteneva, oltre alle libertà, alcuni diritti sociali (come l'istruzione elementare e l'assistenza pubblica, negli art. 23 e 24); disciplinava i diritti in materia penale e processual-penale, il diritto di proprietà; era inoltre ostile ai «corpi intermedi» e infatti non riconosceva la libertà di associazione mentre la libertà religiosa era oggetto solo di una fugace menzione (questo è un altro elemento di distinzione fra la tradizione francese e quella americana). Alcuni principi enunciati nelle dichiarazioni del periodo rivoluzionario furono poi tradotti nei Codici approvati nel periodo napoleonico, ma al tempo stesso la svolta autoritaria del regime politico francese dell'età imperiale condusse allo svuotamento dei diritti politici.

**29.** – Oltre che importante in sé, la tradizione francese è assai significativa per essere stata esportata dopo il 1796 in vari Paesi europei, sulla punta delle baionette napoleoniche: fra l'altro anche in Italia i primi documenti sui diritti nacquero in questo contesto (v. § 62). In alcuni Paesi europei si verificò una felice contaminazione fra le idee rivoluzionarie francesi sui diritti e le tradizioni giuridiche locali. Forse la più interessante è quella contenuta nella **Costituzione spagnola di Cadice del 1812**, un documento lunghissimo (oltre 300 articoli) che non conteneva un'articolata dichiarazione dei diritti, ma che disciplinava **vari diritti** (di ottenere impieghi municipali, art. 23; di partecipare alle giunte parrocchiali per l'elezione delle *Córtés*, art. 35 e ss.; di reclamare l'osservanza della Cost. al Re e alle *Córtés*, art. 373; garanzie della libertà personale, art. 287 ss.; pubblicità del processo, art. 302; divieto di tortura, art. 303; istruzione pubblica, art. 366 ss.) e **doveri** (di amare la patria, di osservare le leggi e rispettare le autorità costituite, di contribuire alle spese statali in proporzione ai propri beni e di difendere la patria con le armi, art. 6-9) **sparsi nel suo testo** e che fece per molti aspetti da ponte fra il pensiero costituzionale europeo e il nascente costituzionalismo dell'America Latina (in alcuni Paesi, come il Messico, essa fu effettivamente in vigore per brevi periodi).

**30.** – La tradizione costituzionale francese, a differenza di quella statunitense, ha sempre insistito sul ruolo della **legge** – espressione della volontà generale, secondo la