

14.7.09-10.8.09

Alessandro Pace

LIBERTA' E DIRITTI DI LIBERTA' *

Sommario: 1. Libertà al singolare e libertà al plurale - 2. La libertà come assenza di condizioni e di limiti. La generale spettanza dei diritti. I diritti dei non cittadini - 3. La libertà e il suo rapporto con il "tutto". I modelli storicistico, individualistico e statalistico. Il modello francese - 4. La libertà come possibilità di scelta. Le libertà nello Stato costituzionale - 5. Alcune considerazioni finali sulla struttura dei diritti di libertà.

1. Libertà al singolare e libertà al plurale

Il sostantivo "libertà" è presente nella nostra Costituzione tredici volte, delle quali undici nella Parte I (in particolare negli artt. 3, 10, 11, 13 - tre volte -, 14, 15, 33, 35 e 41) e due nella Parte II (artt. 68 e 111 Cost.). L'avverbio "liberamente" ricorre cinque volte, tutte nella Parte I, in particolare negli artt. 16, 18, 19, 21, 49 Cost. Infine l'aggettivo "libero/a/e" è presente undici volte, delle quali nove nella sola Parte I, in particolare negli artt. 8, 16, 33 (due volte), 36, 38, 39, 41, 48, 111 e 120 Cost.

Se si escludono gli artt. 3 comma 2, 11, 36 e 41 comma 2 Cost. nei quali il vocabolo è utilizzato in senso generico (ma non tanto!), e se si esclude l'art. 48 Cost. - che nelle intenzioni del Costituente avrebbe dovuto configurare un "diritto-dovere", passibile di sanzione nel caso di suo mancato esercizio (ma che poi è stato surrettiziamente trasformato in "libertà di voto", avendo il legislatore ordinario eliminato anche la minima sanzione, originariamente prevista, della pubblicità del nominativo dei non votanti...) -, in tutti gli altri casi il Costituente, negli enunciati sopra ricordati, allude a diritti soggettivi di cui la libertà costituisce il "contenuto" con riferimento o a comportamenti materiali (libertà di muoversi, di riunirsi e associarsi, di manifestare il proprio pensiero ecc.) o anche al compimento di atti

* Il taglio di questo saggio, soprattutto nella parte iniziale, può suscitare perplessità. E' quindi opportuno avvertire che questo mio contributo agli *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi* - l'amico e collega che, come me, si è occupato tanto dei diritti di libertà, con un amore che entrambi abbiamo ereditato dal nostro comune maestro Carlo Esposito - costituisce lo sviluppo di una breve relazione sul tema «Libertà» da me tenuta a Bologna il 30 marzo 2009 nell'Aula Magna dell'Università in occasione del Convegno «*Le parole della Costituzione*».

Tale convegno, organizzato dalla Regione Emilia Romagna, dalla Prefettura, dalla Provincia e dal Comune di Bologna, dall'*Alma Mater Studiorum* Università di Bologna e dall'Ufficio Scolastico regionale, aveva infatti lo scopo di illustrare agli studenti liceali e agli studenti universitari del primo anno di corso le radici, l'evoluzione e l'attualità del nostro testo costituzionale.

Mi piace però ricordare anche che in tale occasione sviluppai un appunto sul concetto filosofico di libertà, di appena due-tre paginette, che mi era stato richiesto due anni prima da mio nipote Giulio Valerio, allora sedicenne.

giuridici (libertà di sposarsi, di istituire scuole, di intraprendere iniziative economiche ecc.).

Essa nascono e si sviluppano gradualmente. «La pressione che i poteri dominanti esercitarono sulla libertà di determinarsi dell'individuo creò l'idea che uno speciale diritto corrispondesse a ciascuna delle direzioni in cui si esercitava l'oppressione. Così nasce, oltre alla rivendicazione della libertà religiosa, quella della libertà di stampa, della libertà di parola, della libertà di associazione e riunione, della libertà di espatrio, del diritto di petizione, della libertà dall'arresto...»¹. Libertà "al plurale", quindi, che si trasformeranno via via in puntuali diritti soggettivi spettanti al soggetto privato - e a lui solo² - grazie alla storia, alla cultura o a concessioni del monarca (v. *infra* il n. 3). Diritti soggettivi appartenenti come tali al più ampio *genus* dei diritti della persona solitamente denominati "diritti di libertà" proprio perché, come già detto, è la libertà a costituirne il contenuto.

E' perciò ovvio che nel diritto moderno, diversamente dall'antico³ - e soprattutto nel contesto di una costituzione rigida⁴ -, si discuta esclusivamente, dagli operatori pratici e dagli studiosi del diritto positivo, di queste libertà "al plurale" allo

¹ Così **G. Jellinek**, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, III ed., 1909, I ed. 1895), trad. it. D. Nocilla, Giuffrè, Milano, 2002, 104. Così anche **F. Cammeo**, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento di G. Miele, Cedam, Padova, 1960, 333.

² A meno di volerne contraddire la *ratio*, è insostenibile la tesi che i diritti costituzionalmente riconosciuti al soggetto privato - in contrapposizione al potere pubblico - possano essere automaticamente estesi, in via interpretativa, allo stesso pubblico potere. Ciò non di meno il legislatore può, in forza di una scelta politica discrezionale, estenderne la garanzia ai soggetti detentori di pubblico potere sempre che questa estensione non si risolva in una *deminutio* per l'esercizio del medesimo diritto costituzionale da parte dei privati. Così è a dire per l'estensione delle garanzie della libertà di corrispondenza e di comunicazione (riservata), mentre problemi più gravi suscita (e ha suscitato) l'estensione della libertà costituzionale d'iniziativa economica agli enti pubblici, la qual cosa era - ed è - bensì possibile, ma rispettando il principio di sussidiarietà. In questo senso v. già la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, 479 s.

³ In questo senso, v. le copiose indicazioni di **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, 1, II ed., Giappichelli, Torino, 1991, 175 ss.

⁴ Nel contesto di una costituzione flessibile (quale, dopo l'Unità d'Italia, era considerato lo Statuto albertino) non si ponevano concreti ostacoli giuridici a prefigurare l'esistenza di un'unica libertà, e ciò proprio perché, nell'ottica della flessibilità costituzionale, le norme statutarie venivano considerate come dotate di mera forza direttiva. In questo senso v. tra gli altri **V. Miceli**, *Diritto costituzionale*, II ed., SEL, Milano, 1913, 354 ed ivi il rilievo dell'importanza meramente morale e politica delle dichiarazioni dei diritti e delle costituzioni flessibili.

Nel senso dell'unicità del diritto di libertà **V. Miceli**, *Diritto costituzionale*, cit., 346, secondo il quale, per l'appunto, «la libertà non è che una sola», qualora la si intenda nel senso generico di «sfera autonoma che l'ordinamento giuridico lascia ai cittadini o agli individui che si trovano sotto la sua giurisdizione», «quantunque le sue manifestazioni possano essere molteplici e cioè tante, quante sono le forme dell'umana attività». Nello stesso senso, v. anche **O. Ranalletti**, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo*, cit., vol. IV parte prima, SEL, Milano, 1904, 233; **Id.**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Cedam, Padova, 1934, 77.

Per l'unicità del diritto di libertà v. anche **Santi Romano**, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in **V.E. Orlando** (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, SEL, Milano, 1900, 168; **Id.**, *Diritto pubblico* (1914), Giuffrè, Milano, 1988, 95, il quale, però, diversamente da Miceli e Ranalletti, attribuiva al diritto di libertà, nella scia di Jellinek, un mero contenuto negativo.

E' interessante, dal punto di vista storico, ma sorprendente dal punto di vista culturale come, ancora nel 1952, in uno saggio dedicato al concetto giuridico di libertà, redatto da uno studioso impegnato in politica ed autorevole parlamentare sin dal 1948, si sostenesse l'autonomia (e quindi, deve ritenersi, anche l'unicità) del diritto di libertà, senza mai minimamente prendere in considerazione gli enunciati costituzionali: v. **D. De Cocci**, *Il concetto giuridico di libertà*, negli *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, 655 ss.

scopo sia di identificare i valori - o interessi o beni - tutelati dalle singole disposizioni che le prevedono, sia di distinguerne tanto i rispettivi ambiti concettuali, quanto le tecniche specificamente preposte per la loro garanzia. Per contro i filosofi discutono, da sempre, non già delle libertà al plurale, ma della libertà al singolare per individuarne il significato sul piano etico, sociale ed anche politico.

Poiché l'obiettivo di questo contributo è esclusivamente quello di illustrare la peculiarità dei diritti di libertà - e non già di evidenziare a cosa specificamente alluda la Costituzione nei singoli articoli relativi alla libertà personale, domiciliare, di comunicazione ecc. -, è non privo di interesse partire dalle principali accezioni del concetto di libertà quali sono state prospettate in sede filosofica per verificarne la praticabilità alla luce delle più diffuse dottrine giuridico-costituzionalistiche.

Farò pertanto riferimento ad esse nella forma più semplice - anzi addirittura semplificante -, prendendo le mosse dai rilievi contenuti in una nota opera, il *Dizionario di filosofia* di Nicola Abbagnano⁵.

2. La libertà come assenza di condizioni e di limiti. La generale spettanza dei diritti. I diritti dei non cittadini

In una prima accezione, la libertà è «autodeterminazione o autocausalità», e quindi «assenza di condizioni e di limiti». In questo senso - ricorda Abbagnano - sarebbe libero solo quell'individuo che, come diceva Aristotele, sia «causa» o «principio» di se stesso. La nozione di «libertà come principio di se stesso» ricorre tra gli altri anche in Cicerone e in Lucrezio, passa per Origene ed Agostino da Ippona e giunge fino al medio evo. Ad Aristotele, che aveva affermato che «l'uomo è il principio e il padre dei suoi atti, come dei suoi figli», Tommaso d'Aquino eccepirà, molti secoli dopo, che non è necessario sostenere che l'uomo, perché possa dirsi libero, sia addirittura «causa di sé». L'esserci una prima causa - e cioè Dio - non toglie nulla all'autocausalità dell'uomo.

Questa prima accezione filosofica, per la quale la libertà sarebbe, per definizione, «assoluta e incondizionata» - non a caso condivisa e sostenuta dagli anarchici - è difficilmente utilizzabile dal giurista contemporaneo⁶. Al giorno d'oggi qualsiasi ordinamento ancorché solo tendenzialmente democratico predispone infatti - almeno sulla carta - un sistema di limiti tanto con riferimento alla libertà dei privati quanto, a maggior ragione, con riferimento ai poteri pubblici. Il che è chiaramente evidenziato dalla nostra Costituzione allorché prescrive, all'art. 1 comma 2, che la stessa sovranità popolare può essere esercitata solo «nelle forme e nei limiti della Costituzione» ed è quindi essenzialmente limitata. Così come *a fortiori* sono limitati, per quanto estesi, i poteri dei rappresentanti del popolo e dei governanti.

⁵ N. Abbagnano, voce *Libertà*, in *Id.*, *Dizionario di filosofia*, Utet, Torino, 1961, 510 ss.

⁶ Alla stessa accezione sembrano però collegarsi anche coloro per i quali la libertà «sarebbe piuttosto una autodecisione positiva della volontà che, in ognuno di noi, cerca il compimento di una finalità razionale qual è quella che sta dietro al caos multiforme delle finalità che sono in ognuno di noi e dà ad esse un senso di unità». La fallacia di una siffatta accezione di libertà è sottolineata da H.J. Laski, *La libertà nello Stato moderno* (*Liberty in Modern State*, 1930), trad. it., A.Schiavi, Laterza, Bari, 1931, 10 ss.

E' del resto intuitivo che una libertà assoluta e senza limiti non può costituire il contenuto di una situazione giuridica soggettiva avente, almeno in linea di principio, le caratteristiche della generalità. Qualora fosse riconosciuta ad un solo individuo o soltanto ad una *élite*, quest'assoluta libertà costituirebbe infatti un privilegio che, come tale, darebbe luogo a una posizione di potere «incompatibile con le regole del sistema democratico» (così la Corte cost., sent. n. 148 del 1981, in materia radiotelevisiva).

Non è quindi un caso che gli autori dei *Bill of Rights* della Virginia (1776), della Pennsylvania (1776), del Vermont (1777) e del New Hampshire (1784) proclamassero gli uomini «egualmente liberi» (in tal modo assumendo però che l'eguaglianza, la cui effettività essi davano per scontata⁷, avesse una funzione riduttiva, e cioè meramente servente della libertà); e non è quindi un caso che gli autori della *Déclaration de droits de l'homme e du citoyen* (1789) proclamassero invece, a loro volta, nell'art. 1, che «Gli uomini nascono e vivono liberi ed eguali davanti alla legge»⁸ (così riconoscendo, diversamente dagli americani, pari valore alla libertà e all'eguaglianza di fronte alla legge, ma anche negando che l'eguaglianza potesse - e possa - costituire, di per sé sola, garanzia di libertà⁹).

«Eguale libertà», quindi, che nelle successive Costituzioni ottocentesche sarebbe stata convergentemente garantita - da un lato - con la specifica proclamazione dei c.d. diritti di prima generazione (la libertà di autodeterminarsi, la libertà dagli arresti, la libertà di pensiero, di stampa e di riunione oltre, ovviamente, al diritto di proprietà, diritto naturale «inviolabile e sacro»¹⁰) e - dall'altro - con la

⁷ Il pauperismo era praticamente sconosciuto nelle ex colonie. Ciò avrebbe fatto dire ad **A. de Tocqueville**, *La democrazia in America (De la démocratie, en Amérique, 1835)*, Utet, Torino, 1968, 592 che «(i)l grande vantaggio degli Americani è di essere arrivati alla democrazia senza aver dovuto passare attraverso una rivoluzione democratica e di essere nati uguali al posto di diventarlo». Addirittura nell'*incipit* dell'opera, Tocqueville aveva scritto: «Tra le novità che attirarono la mia attenzione durante la mia permanenza negli Stati Uniti, nessuna mi ha maggiormente colpito dell'eguaglianza delle condizioni» (*ivi*, 15). A sua volta **G. Jellinek**, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo*, cit., 61 ss. osservava che l'eguaglianza di fronte alla legge «appariva agli americani evidente, a ragione delle loro condizioni sociali e della democraticità delle loro istituzioni: e perciò essi tendono a sottolinearla solo occasionalmente», laddove i francesi, nella *Déclaration*, la sottolineano «in modo energico» negli artt.4, 6 e 13, oltre che nell'art. 1.

Ancorché in diversi passi della sua opera Tocqueville dimostri di essere a conoscenza della schiavitù negli Stati del sud, non la prende direttamente in considerazione, diversamente da **H. Arendt**, *Sulla rivoluzione (On Revolution, 1963)*, trad. it. M. Magrini, Comunità, Milano, 1996, 74, e quivi il rilievo che «l'istituzione della schiavitù porta con sé un'oscurità ancor più nera dell'oscurità della povertà». La Arendt sottolinea che verso la metà del XVIII secolo vivevano in America (del nord) 400.000 neri accanto a circa 1.850.000 bianchi.

⁸ Analogamente v. però il *Bill of Rights* del Massachusetts (1789), secondo il quale «Tutti gli uomini sono nati liberi ed eguali...».

⁹ V. invece **J.J. Rousseau**, *Il contratto sociale (Contrat social, 1762)*, trad. it. V. Gerratana, Einaudi, Torino, 47 (libro II, cap. 4), secondo cui, in sostanza l'unico effettivo limite posto al potere sovrano è quello di non «gravare un suddito più di un altro, perché allora la questione diverrebbe particolare e il suo potere non sarebbe più competente». Ma il c.d. diritto all'eguaglianza, a meno di risolversi in un diritto al pari trattamento (con riferimento ad un *tertium comparationis*: v. ad es. l'art. 37 Cost.), non costituisce mai garanzia di libertà, potendo il detentore del potere sovrano restringere progressivamente la libertà dei sudditi in pari misura. Che la mera isonomia possa costituire garanzia di libertà è invece condiviso da **G. Ferrara**, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in www.costituzionalismo.it, 4 ottobre 2008, § 12.

¹⁰ Art. 17 della *Déclaration* (1789). L'idea della sacertà del diritto di proprietà entrerà in crisi quando sarà contrapposta da Robespierre - sulla spinta della sanculotteria (**A. Soboul**, *Movimento popolare e rivoluzione borghese. I sanculotti parigini nell'anno II* [1958], Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma, 1988, 45 ss.). - alla

proclamazione dell'eguaglianza davanti alla legge in favore di tutti gli uomini in alcune (poche) costituzioni¹¹, e dei soli cittadini nella gran parte di esse¹². Non si può tuttavia non avvertire come in talune costituzioni l'eguaglianza non fosse nemmeno contemplata¹³

La generale spettanza a tutti i cittadini dei diritti di libertà è radicalmente affermata dalla nostra Costituzione, nella Parte I intitolata ai «Diritti e doveri dei cittadini», attribuendo i singoli diritti a «tutti», oppure ai «cittadini» o a «tutti i cittadini», ovvero prevedendo l'impersonalità del riconoscimento (ad esempio «La libertà personale è inviolabile», «Il domicilio è inviolabile»).

Se è quindi indiscutibile che nel nostro ordinamento, tutti i cittadini debbano poter godere *in equal misura* dei diritti di libertà nei rapporti civili (artt. 13-21 e 23 Cost.), in passato sono sorti dei dubbi circa la pari spettanza agli stranieri extracomunitari di tali diritti, in quanto l'eguaglianza davanti alla legge è esplicitamente riconosciuta ai soli cittadini (art. 3 Cost.) e il catalogo dei diritti previsti nella Parte I è appunto intitolata ai «Diritti e doveri dei cittadini»¹⁴.

«più sacra di tutte le leggi, il benessere del popolo, il più inconfutabile di tutti, la necessità» (l'affermazione è riportata da **H. Arendt**, *sulla rivoluzione*, cit. p. 61).

Dello stesso Robespierre riporto qui di seguito gli articoli relativi al diritto di proprietà contenuti nel suo progetto presentato alla Società dei Giacobini nell'aprile del 1793, poi non approvato dalla Convenzione (trascrivo da **B. Mirkin-Guetzevitch**, *Le costituzioni europee (Les Constitutions européennes, 1951)*, trad. it. S. Cotta, Comunità, Milano, 1954, 117): «Art. 7: La proprietà è il diritto che ha ciascun cittadino di godere e di disporre della parte di beni che gli viene garantita dalla legge. - Art. 8: Il diritto di proprietà è limitato come gli altri, dall'obbligo di rispettare i diritti altrui. - Art. 9: Esso non può pregiudicare né la sicurezza, né la libertà, né la esistenza, né la proprietà dei nostri simili. - Art. 10: Qualsiasi possesso, qualsiasi traffico che violi questo principio è essenzialmente illecito ed immorale.». Ciò nondimeno l'invulnerabilità del diritto di proprietà verrà ribadita nelle Carte costituzionali del 1814 (art. 9) e del 1830 (art. 8) nonché nella stessa costituzione repubblicana del 1848 (art. 11), pur prevedendosi, nei successivi articoli, la possibilità dell'esproprio per motivo d'interesse pubblico e previo indennizzo.

¹¹ La *Décl. fr.* (1789), art. 1; la *Décl. fr.* (1793), art. 2 e 3; la Cost. fr. dell'anno III (1795), art. 3; la L. fond. Rep. fed. Germ. (1949), art. 3.

¹² V. in questo senso la Carta cost. fr. (1814), art. 1; l'Atto addiz. (1815), art. 59; la Carta cost. fr. (1830), art. 1; la Cost. belga (1831), art. 6; lo St. alb. (1848), art. 24; la Cost. fr. (1848), preambolo art. IV; la Cost. ted. (1849), § 137; la Cost. prussiana (1850), art. 4; la Cost. USA, XIV em. (1868); la Cost. ted. (1919), art. 109; la Cost. sp. (1931), art. 2°; la Cost. it. (1948), art. 3; la Cost. Rep. dem. ted. (1949), art. 6.

¹³ Così è a dire delle Costituzioni napoleoniche (tranne l'Atto addizionale del 1815) e di tutte le Costituzioni spagnole del secolo XIX.

¹⁴ Che la spettanza dei diritti costituzionali ai cittadini stranieri dovesse essere il frutto dell'operatività della clausola di reciprocità oppure di un'autonoma scelta del legislatore - addirittura, se del caso, concernente gli stessi diritti politici - è stato da me sostenuto già ne *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 35 ss., poi nella *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed. 1984, III ed., Cedam, Padova, 2003, 315 ss. e, da ultimo, **A. Pace** in **Id.** e **M. Manetti**, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca e di A. Pizzorusso, Zanichelli - Foro italiano, Bologna - Roma, 2006, 293 ss., sulla base dei seguenti argomenti: a) la Costituzione *dello Stato* deve tutelare innanzi tutto i propri cittadini all'estero mediante il duttile ricorso alla clausola di reciprocità (che verrebbe posto nel nulla qualora un dato diritto costituzionale venga automaticamente riconosciuto anche agli stranieri) (in questo senso v. anche **A. Pizzorusso**, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1997, 330 ss.); b) le norme e i trattati internazionali sulla condizione giuridica dello straniero (art. 10 comma 2 Cost.) - a cui devono aggiungersi anche le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 comma 1 Cost.) - sono tali e tanti da coprire praticamente qualsiasi situazione soggettiva degli stranieri senza bisogno di ricorrere alla copertura costituzionale (sul punto v. in particolare la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., cit., 320); c) resta comunque fermo che lo Stato può

In una prima fase, la Corte costituzionale, pur affermando che il principio di eguaglianza, ancorché si riferisca «espressamente ai soli cittadini», «vale pure per lo straniero» quando vengano in gioco i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.¹⁵, avvertì che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»¹⁶. Di fronte a fattispecie di indiscutibile spettanza universale¹⁷, quali il diritto di agire in giudizio¹⁸ e il diritto alla vita¹⁹, la Corte ne affermò tuttavia esplicitamente l'applicabilità agli stranieri.

In una seconda fase (anni '90), quando la dottrina, assolutamente maggioritaria²⁰, si mostrava ormai favorevole, sia pure con qualche riserva²¹, alla detta estensione nonostante l'intitolazione restrittiva della Parte prima, veniva approvato il t.u. n. 286 del 1998, il quale, pur salvaguardando, in talune ipotesi, l'applicabilità della clausola di reciprocità, riconosce «(a)llo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato (...) i *diritti fondamentali* della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali

sempre estendere agli stranieri, anche soltanto con una legge ordinaria, i diritti esplicitamente riconosciuti ai cittadini. Tale estensione, mentre può essere disposta implicitamente per ciò che riguarda i diritti civili (in questo senso deve essere osservato che neanche durante il fascismo, in periodo di pace, le leggi di polizia ponevano espliciti divieti in tal senso), deve invece essere esplicita per quanto riguarda i diritti che "costano" (i diritti sociali e politici).

Della serietà del secondo argomento dava conto **L. Paladin**, *Diritto costituzionale*, II ed., Cedam, Padova, 1995, 360, che pur accedendo alla tesi della generale estensione dei diritti di libertà civile agli stranieri avvertiva che il «principio dello *standard minimo* di protezione, da assicurare comunque agli *stranieri* ed agli *apolidi*, con particolare riguardo alle libertà fondamentali, toglie pratico rilievo al quesito se per i non-cittadini possa farsi diretta applicazione delle norme costituzionali concernenti i singoli "diritti inviolabili", ovvero si debba riferirsi ai patti vincolanti l'Italia».

¹⁵ Corte cost., sent. n. 120 del 1967, seguita dalla sent. n. 104 del 1969.

¹⁶ Corte cost. sent. n. 104 del 1969 seguita dalle sentenze nn. 144 del 1970, 109 del 1974, 244 del 1974, 46 del 1977,

¹⁷ V. gli artt. 2, 6 e 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, a seguito di autorizzazione disposta con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

¹⁸ Sul punto Corte cost., sent. n. 50 del 1972, 177 del 1974, 353 del 1985.

¹⁹ Corte cost., sent. n.54 del 1979,

²⁰ **E. Spagna Musso**, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1990, 367; **P. Barile**, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Cedam, Padova, 1991, 77 e 610; **L. Arcidiacono**, in **L. Arcidiacono, A. Carullo e G. Rizza**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Monduzzi, Bologna, 1993, 227; **G. Berti**, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, 453; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, VII, Giuffrè, Milano, 1994, 583; **L. Paladin**, *Diritto costituzionale*, cit., 361; **P. Caretti e U. De Siervo**, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Giappichelli, Torino, 1996, 644; **G.D. Falcon**, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1996, 507; **G. de Vergottini**, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 376 s.

²¹ **G.U. Rescigno**, *Corso di diritto pubblico 1996/97*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 1996, 664 s., il quale avvertiva, con riferimento alle disposizioni costituzionali esplicitamente attributive delle libertà di circolazione, di riunione e di associazione ai soli cittadini (artt. 16, 17 e 18 Cost.), che il legislatore non *deve*, ma *potrebbe* differenziare gli stranieri dai cittadini con riferimento al godimento di tali diritti di libertà. Analogamente **A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso**, *Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in **A. Barbera e G. Amato** (cur.), *Manuale di diritto pubblico, I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1997, 308 V. anche le perplessità di **F. Cuocolo**, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 324.

in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»²². Conseguentemente il t.u. demanda alla Corte costituzionale e ai giudici comuni il compito di individuare, caso per caso, i diritti - non solo quelli di libertà²³ - che, nel nostro ordinamento, sarebbero “fondamentali”.

Terza fase. A questo punto, dopo tale esplicito intervento legislativo, la Corte costituzionale non ha più remore ad applicare agli stranieri extracomunitari le norme costituzionali della Parte prima della Costituzione (in tema di libertà personale²⁴, di diritto al collocamento obbligatorio²⁵, di diritto di difesa²⁶ e di tutela della salute²⁷) non di rado invocando, a supporto della decisione, proprio il d.lgs. n. 286 del 1988.

3. La libertà e il suo rapporto con il "tutto". I modelli storicistico, individualistico e statalistico. Il modello francese

3.1. In una seconda accezione, la libertà, pur presupponendo il concetto di autodeterminazione e di *causa sui*, l'attribuisce non al singolo ma alla totalità. Dicevano infatti gli stoici, e Cicerone nella loro scia, che il sapiente è libero solo se segue una vita conforme alla natura, è libero solo se si conforma all'ordine del mondo. Molto più tardi Spinoza prospetterà che «si dice libera la cosa che esiste solo per la necessità della sua natura e che da sola è determinata ad agire», laddove è

²² Art. 2 comma 1, d.lgs. 25 luglio 1988, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*). V. anche il comma 5 sulla parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi nei rapporti con la pubblica amministrazione.

²³ Merita infatti di essere sottolineato che il t.u. n. 286 del 1998, agli artt. 34 ss., disciplina specificamente l'assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale, l'obbligo scolastico, il diritto allo studio, l'accesso alle università, l'esercizio professionale e l'accesso all'abitazione.

Ciò dovrebbe far ritenere che l'ambito dei diritti sociali fondamentali sia questo e solo questo (oltre, beninteso, alle cure gratuite agli indigenti: art. 32 Cost.). Conseguentemente l'art. 3 del d.m. 23 aprile 2007 (*Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*) - secondo il quale «I diritti di libertà, e i diritti sociali, che il nostro ordinamento ha maturato nel tempo devono estendersi a tutti gli immigrati...» - dovrebbe essere interpretato nel senso che l'inciso «nel tempo» si riferisce al soggetto che lo precede, non già al verbo che lo segue, e cioè ai soli diritti di libertà.

Per la verità c'è chi sostiene l'interpretazione restrittiva della locuzione «diritti fondamentali» (ad es. **P.F. Grossi**, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in **Id.**, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Cedam, Padova, 2008, 1 ss.), ma è prevalente la tesi che identifica la fundamentalità con l'inviolabilità e viceversa (in tal senso, per tutti, v. **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, negli *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, 63 ss.; **P. Caretti**, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005) oppure sostiene che la fundamentalità dei diritti di libertà deriverebbe da ciò, che essi si pongono «come fondamento legale ad un tempo della società civile, della società politica e dello Stato» (così ancora **A. Baldassarre**, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. e dir.*, 1976, 295) Infine c'è anche chi sostiene che la fundamentalità di un diritto ne presupporrebbe l'universalità (così **L. Ferrajoli**, *Diritti fondamentali*, in **Id.**, (cur.), *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 6), e quindi tale qualificazione andrebbe limitata ai soli classici diritti personali di libertà.

²⁴ Corte cost., sentenze nn. 62 del 1994, 105 del 2001, 222 del 2004, 223 del 2004. Sul punto v. anche la mia *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003, 318

²⁵ Corte cost., sent. n. 454 del 1998

²⁶ Corte cost., sentenze nn. 198 del 2000, 222 del 2004, 223 del 2004

²⁷ Corte cost., sentenze nn. 252 del 2001, 432 del 2005

«necessaria o coatta la cosa che è indotta ad esistere e ad agire da un'altra cosa, secondo una certa e determinata ragione».

La libertà del singolo viene quindi posta in relazione con il «tutto» entro il quale l'individuo si muove (e cioè con la religione, con la società, con l'ordinamento giuridico): un «tutto» che, secondo questa accezione, si pone addirittura come «necessario» perché la libertà dell'individuo possa realizzarsi. E' allora evidente che è libero il «tutto», non il singolo che si deve conformare al «tutto». Di qui, secondo Abbagnano, l'identificazione della libertà, in questa seconda accezione, con la necessità.

Per questa seconda accezione la libertà del singolo non è più assoluta, come nella prima accezione, ma relativa. Non è però l'individuo, come nella prima accezione, ma l'*entità astratta* cui esso si relaziona che, in questo caso, gode di libertà *incondizionata ed assoluta*. Conseguentemente, non spetta al singolo l'identificazione di ciò che esso deve considerare pregiudizievole per gli altri e che quindi costituisce un limite alla propria libertà, tale identificazione spettando alla religione, alla morale, alla politica e così via.

Questa accezione - tra i cui sostenitori moderni Abbagnano annovera Hegel²⁸ - può tuttavia giustificare anche le concezioni più illiberali, nella misura in cui, in forza di essa, si riconosca all'entità con la quale l'individuo si relaziona un potere pressoché assoluto di determinazione degli spazi di libertà consentiti all'individuo. Ciò non di meno essa è di grande interesse per il costituzionalista, perché caratterizza - pur con tutte le doverose differenze derivanti dalle rispettive combinazioni - i tre approcci alla problematica delle libertà costituzionali, secondo una nota dottrina²⁹: quello storicistico, quello individualistico e quello statalistico.

In coerenza con la caratteristica di questa seconda accezione filosofica di libertà, secondo la quale è libero il «tutto» e non il singolo che deve relazionarsi ad esso, la libertà, in tutti e tre tali approcci, viene qualificata «negativa»³⁰, ancorché con

²⁸ **G.F. Hegel**, *Lineamenti di filosofia del diritto (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, 1821), trad. it. F. Messineo, Laterza, Bari, 1954, 51 s. (§ 33).

²⁹ **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, II ed., Giappichelli, Torino, 1995, 17 ss., che peraltro avverte come ciascuno dei tre modelli tenda a non rimanere isolato dagli altri. Prospetta alcune perplessità, a proposito di questa impostazione, v. **G. Ferrara**, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 230 nota 64.

³⁰ **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 18, 28, 42 ecc. Qualificano i diritti di libertà «libertà negative», tra i molti, **I. Berlin**, *Due concetti di libertà* (1958), in **A. Passerin d'Entrèves** (cur.), *La libertà politica*, Comunità, Milano, 1974, 103 ss.; **F. Neumann**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario (The Democratic and the Authoritarian State)*, 1957), trad. it. G. Sivini, il Mulino, Bologna, 1973, 36 ss.; **G. Amato**, voce *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1973, 272 ss. che appunto richiama la nota distinzione secondo la quale la «libertà negativa» sarebbe la libertà-assenza di impedimenti, laddove la «libertà positiva» identificerebbe la libertà-autonomia oppure la capacità di fare (v. *ivi*, 272, ulteriori indicazioni alla nota 1). Sulla distinzione, com'è noto, è ripetutamente intervenuto N. Bobbio con scritti illuminanti. V. **N. Bobbio**, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in **A. Passerin d'Entrèves** (cur.), *La libertà politica*, cit., 67 ss.; **Id.**, *Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant*, negli *Studi in onore di E. Crosa*, Giuffrè, Milano, 1960, 221 ss.; **Id.**, voce *Libertà*, in *Enc. novecento*, vol. III., Ist. Enc. italiana, Roma, 1978, 994 ss.

una diversa significazione nei primi due approcci rispetto al terzo. Mentre nei primi due - quello storicistico e quello individualistico - l'aggettivo «negativo» sta a significare che «lo Stato non deve assorbire totalmente l'individuo in quanto questi non può essere inteso solo come animale politico»³¹, nell'approccio statalistico - tipico del *Rechtsstaat*³² - la «libertà negativa» è sinonimo di *status negativus* e questo, a sua volta, costituisce la conseguenza e l'effetto giuridico dell'astensione (discrezionale) dello Stato³³.

Per cui, mentre è indiscutibile che in questa seconda accezione di libertà-necessità rientra il modello statalistico essendo evidente la portata condizionante del «tutto», potrebbe invece sorgere il dubbio che altrettanto si verifichi con il modello storicistico e con quello individualistico, in entrambi i quali la libertà costituisce una «presupposizione» dell'ordinamento³⁴.

E' stato però giustamente rilevato, dallo stesso studioso che ha proposto tale modellistica - a cui si accede, in questo saggio, pur con qualche riserva - che il «tutto» esiste sia nel modello storicistico, nel quale, almeno in epoca medioevale, esso consisteva nell'«ordine naturale delle cose che assegna a ciascuno il proprio posto»³⁵, sia in quello individualistico, nel quale «lo strumento collettivo» (lo Stato, la volontà generale o altro), dal punto di vista storicistico, è anche troppo spesso ritenuto necessario³⁶.

Il problema, nel modello individualistico, non è quindi dato dall'assenza del «tutto», ma, come già rilevava Lodovico Casanova nel 1859, il problema è dato dal *come* il potere pubblico si relazioni agli individui, e cioè *se* la persona, in un dato

³¹ **F. Neumann**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., 37, che si preoccupa di sottolineare come negativo non intenda «qualcosa di cattivo o riprovevole», essendo tale termine «usato nel senso hegeliano di unilaterale e quindi inadeguato». In effetti **G.F. Hegel**, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., 303 (aggiunta al § 5), ribadisce quanto già detto nel § 5 (*Lineamenti*, cit., 31), e cioè che la libertà negativa è unilaterale e «questa unilaterale contiene sempre in sé una determinazione essenziale: pertanto non da scartare». Ma quella cui Hegel allude con favorevole apprezzamento è soltanto la libertà dell'intelletto; non quando la libertà, «volgendosi alla realtà, in politica come in religione, diventa il fanatismo della distruzione di ogni ordine sociale esistente, e l'eliminazione degli individui sospetti di ordine...» (*Lineamenti*, cit., 31).

³² Sul punto v. ancora **F. Neumann**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., 46 s.

³³ **G. Jellinek**, *La dichiarazione dei diritti*, cit., 65.

³⁴ **F. Neumann**, *Lo Stato democratico*, cit., 37 s.

³⁵ «...e con esso il proprio bagaglio di diritti, sulla base della nascita, del ceto, della appartenenza ad un luogo concreto, ad una terra». Così **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 23.

Il *Leviatano* di Hobbes (1651) costituisce poi la migliore dimostrazione del come il «tutto» fosse immanente, nell'esperienza politica inglese, anche nel trapasso dal modello storicistico medioevale a quello individualistico moderno, nel quale esso si identifica non più con l'ordine naturale delle cose ma con lo Stato.

³⁶ Così ancora **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 31. Ma v. anche **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, Louisiana State Univ. Press, Baton Rouge, 1948, 3: «It must be acknowledged that the individual is always dependent on membership in a community, and in a politically organized community, for even a minimum of liberty; but this concession affords no assurance that the community will always be willing to guarantee or prepared to maintain the individual - even "the man of good will" - in the full measure of liberty which he expects, and which many of his fellows think he has a right to expect».

ordinamento, sia considerata dal governo come «un fine» meritevole di protezione³⁷, oppure come «un mezzo o uno strumento»³⁸.

Ciò significa che, per identificare l'appartenenza di un ordinamento al modello individualistico, bisogna aver presenti le risultanze di una valutazione complessiva, anche fattuale, dell'ordinamento³⁹, e quindi non è sufficiente, a tal fine - per fare un esempio - la mera formale proclamazione di una presunzione di libertà come quella sancita dall'art. 5 della *Déclaration des droits de l'homme* del 1789 («La legge non ha il diritto di punire che le azioni nocive per la società. Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere perseguito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che la legge non prescrive»)⁴⁰.

Per vero, qualora non vi siano precise indicazioni su ciò che il legislatore deve considerare nocivo per la società e quali siano i limiti da lui invalicabili - e, cosa più importante di tutte, qualora una simile presunzione non sia collocata in una costituzione effettivamente rigida -, un siffatto enunciato non è granché significativo, posto che «anche nei governi dispotici, e negli Stati in cui l'individuo è assorbito nell'attività collettiva, può tuttavia avvenire ed avviene che ognuno possa fare “quel che le leggi permettono”, e agire come gli piace “nei limiti del diritto”»⁴¹.

³⁷ Si vedano, in questo senso, le dichiarazioni dei diritti della Virginia (1776), sez. 3 e 13; della Pennsylvania (1776), artt. V e VIII; del Vermont (1777), art. IX; del Massachusetts (1780), art. X e del New Hampshire (1784), art. XII.

Enunciati siffatti dimostrano, oltre tutto, l'inesattezza della diffusa distinzione tra «libertà di» e «libertà da», in quanto le c.d. libertà da non potrebbe essere effettive se non fosse prevista una tutela delle medesime. Sul punto v. già il mio *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei* in **P. Barile** (cur.), *Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 315 e, già prima, in *Pol. dir.*, 1988, 694 e nota 75.

³⁸ V. già in questo senso **L. Casanova**, *Del diritto costituzionale*, vol. I, Lavagnino, Genova, 1859, 10.

³⁹ Nel senso che «l'analisi degli ordinamenti positivi dimostra (...) che la libertà negativa è essa stessa un effetto di discipline molteplici e disparate» v. **G. Amato**, voce *Libertà (dir. cost.)*, cit., 273. E' tuttavia anche possibile che la c.d. libertà negativa costituisca il frutto di una «presupposizione» (**F. Neumann**, *Lo Stato democratico*, cit., 37 s.), se la priorità dei diritti di libertà sia inverata dalla prassi.

⁴⁰ Così invece **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 33, il quale però aggiunge anche un secondo momento di differenziazione, e cioè l'immagine del potere costituente, che sarebbe presente nel modello individualistico, ma non in quello storicistico e in quello statalistico. Ovviamente Fioravanti si riferisce ad un concetto assiologico e democratico di potere costituente, e non a quello «storico» nel quale il potere costituente è stato ripetutamente impersonato dal monarca o da un *élite* per finalità squisitamente politiche. Sul punto v. il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, 111 s., 121 s.. A parte ciò, l'immagine del potere costituente come discriminare tra i vari modelli non convince. Come rilevava **C. Esposito**, *La validità delle leggi* (1934), rist., Giuffrè, Milano, 1964, 198 e 202, in critica a C. Schmitt, è infatti «di assai dubbia consistenza (...) il concetto di potere costituente anteriore ad ogni potere costituito che con la sua forza imporrebbe la costituzione, senza cedere o concedere niente del suo potere alla organizzazione che viene creata, e continuando ad essere unico arbitro della forma di governo dello Stato». Un concetto, quello criticato, che finisce per trasformare «in permanente e giuridico un procedimento solo perché per una volta e in via di fatto si è dimostrato adatto politicamente alla instaurazione di un regime costituzionale, senza alcuna pretesa a divenire regola per ogni futuro mutamento». Con riferimento all'asserito modello individualistico francese (ma v. *infra* il n. 3.2 in fine), sarebbe infatti da chiedersi quale mai sia stato il ruolo del potere costituente nell'esperienza politico-istituzionale, se la sua immagine ha prodotto, con il «legicentrismo», la negazione dell'idea della Costituzione come legge superiore (v. *infra* la nota 100).

⁴¹ Così **V.E. Orlando**, *Principii di diritto costituzionale*, IV ed., Barbera, Firenze, 1905, 266.

3.2. Ciò premesso, va detto che il primo approccio - storicistico - lo si riscontra, almeno inizialmente, in Inghilterra, dove il binomio *liberty and property*, nato nella *common law* e radicato nell'ordinamento come una sua presupposizione⁴², riesce culturalmente a resistere, grazie all'identificazione del potere giudiziario con la *House of Lords*, sinanche all'assolutismo dei secoli XVI e XVII prima ancora di essere formalmente proclamato dal *Bill of Rights* del 1688 e di confondersi, senza però mai venire meno, col modello individualistico-giurisdizionale.

A ciò si aggiunga che anche prima della *Glorious Revolution* (1688) è sempre esistita, nelle Corti di giustizia inglesi, la convinzione che «gli atti irragionevoli e arbitrari del monarca non possano ledere i diritti quesiti degli *Englishmen*»⁴³ [v. i casi *Bate* (1606); *Proclamations* (1611); *R. v. Hampden* (1637); *Entick v. Carrington* (1765)]⁴⁴. Ed infatti il brocardo *ubi jus ibi remedium* non è mai stato, in Inghilterra, una proposizione tautologica, in quanto per un inglese il riconoscimento di un diritto deve essere sempre accompagnato dalla previsione del corrispondente rimedio⁴⁵.

Il secondo approccio - individualistico - caratterizza, pur con talune ascendenze storicistiche⁴⁶, l'ordinamento statunitense e ha un triplice fondamento: in primo luogo, nella legge naturale. I diritti fondamentali, per gli autori dei primi *Bill of Rights*, sono infatti “innati” [v. la Dichiarazione d'Indipendenza (1776)⁴⁷, le dichiarazioni della Virginia, della Pennsylvania, del Connecticut (1776), del Vermont

⁴² V. infatti la *Magna Charta* (1215), spec. l'art. 39; la *Petition of Rights* (1628), l'*Habeas Corpus Act* (1679) e il *Bill of Rights* (1689). V. anche l'importante rilievo, in questo senso, di **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 17: «The result was that, as Englishmen recognized in the daily practice of the courts an actual realization of most that Magna Carta had symbolized, they transferred to the common law as a whole the worship which they had so long reserved more especially for the Charter». Nello stesso senso v. **F. Neumann**, *Lo Stato democratico*, cit., 37; **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 23.

⁴³ In questo senso v. **G. Amato**, voce *Libertà (dir. cost.)*, cit., 274, 280; **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 26. Analogamente, nel senso che il *Bill of Rights* del 1689 non riconosceva diritti individuali, ma specifici divieti a carico del Re, v. **G. Jellinek**, *La dichiarazione dei diritti*, cit., 68 ss.

⁴⁴ Nel senso che le leggi inglesi costituirebbero conferme o interpretazioni di un diritto già vigente, v. **J.L. de Lolme**, *The Constitution of England* (1784), Baldwin & co., London, 1821, vol. I, Cap. IX, 95: «Each of these rights, say again the English lawyers, is inherent in the person of every Englishman; they are to him as an inheritance, and he cannot be deprived of them, but by virtue of a sentence passed according to the laws of the land» (cap. IX). Nello stesso senso v. **G. Jellinek**, *La dichiarazione dei diritti*, cit., 67.

⁴⁵ **A.V. Dicey**, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, X ed. curata da E.C.S. Wade, MacMillan, London-New York, 1962, 199. Analogamente v. **V.E. Orlando**, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in **A. Brunialti** (cur.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890, 944: «La tutela della libertà civile è racchiusa nella formola inglese, fondamento della grandezza di quella costituzione più ancora delle appariscenti garanzie politiche: *Where there is a wrong, there is a remedy*: ogni torto abbia la sua giuridica riparazione». Non diversamente da Dicey, Orlando criticava le dichiarazioni di diritti prive delle corrispondenti guarentigie (*ivi*, 919).

⁴⁶ V. ad es. l'art. III della Dichiarazione dei diritti del Maryland (1776): «Gli abitanti del Maryland hanno diritto al diritto comune dell'Inghilterra (*are entitled to the common law of England...*) ed al giudizio con giuria, conformemente al detto diritto...». Sull'influenza del diritto inglese nelle colonie inglesi d'America v. **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 31 ss. E' del resto noto che l'opera di **W. Blackstone**, *Commentaries on the Laws of England* (1765-69), costituì per lungo tempo il principale riferimento dottrinale dei giuristi americani ivi compresa la stessa Corte suprema. Sulla fortuna di tale opera in America v. ancora **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 53.

⁴⁷ Dice assai bene **G. Ferrara**, *La Costituzione*, cit., 83 che T. Jefferson, nell'*incipit* della Dichiarazione d'Indipendenza americana, «riesce a riassumere giusnaturalismo e razionalismo, contrattualismo e illuminismo».

(1777), del Massachussets (1780), del New Hampshire (1784) ecc.]. In secondo luogo, il valore prioritario dei diritti fondamentali è ribadito dal *Bill of Rights* del 1791 (e cioè dai primi dieci emendamenti della Costituzione federale) ed è invero, anche qui, come nel modello inglese, grazie all'opera dei giudici e, in particolare, grazie al sindacato di costituzionalità (come è noto, ritenuto implicito nella stessa funzione giurisdizionale⁴⁸; è del resto altrettanto noto come militassero, in tal senso, anche taluni precedenti giudiziari risalenti ai rapporti tra le colonie americane e la madrepatria⁴⁹). Infine, in favore dell'ascrizione degli Stati Uniti al modello individualistico gioca la tesi, affatto diversa, secondo la quale l'originario silenzio della Costituzione federale in tema di diritti (tranne l'*habeas corpus* indirettamente previsto nell'art. I, sez. IX, comma 2) presupponeva la prevalente, ancorché implicita, tutela costituzionale della proprietà privata⁵⁰ (tesi del resto confermata dalla giurisprudenza della Corte Suprema fino agli anni '30 del secolo XX).

Se è indiscutibile l'identificazione del modello storicistico e individualistico rispettivamente nell'esperienza inglese ed americana - in entrambe le quali la garanzia giurisdizionale gioca però un ruolo centrale -, altrettanto indiscutibile è la ricomprensione nel modello statalistico della Germania dalla metà del secolo XIX⁵¹ alla prima guerra mondiale, nella quale, come insegnava Paul Laband ancora nel 1910, non esisteva «nello Stato alcuna volontà superiore a quello del Sovrano, ed è da questa volontà che sia la Costituzione che le leggi traggono la loro forza obbligatoria. La Costituzione non è una potenza mitica sospesa sopra lo Stato; essa, come qualsiasi legge, costituisce un atto di volontà dello Stato e, conseguentemente, è variabile a seconda della volontà dello Stato»⁵².

Corrispondentemente, mentre il soggetto titolare del diritto elettorale, come di ogni nomina statale, era «esclusivamente lo Stato» ed il cittadino, «nel momento della elezione, diventava funzionario dello Stato, per tornare alla condizione di

⁴⁸ In tal senso v. la lettera n. 78 indirizzata ai cittadini dello Stato di New York da **Publius (A. Hamilton)**, ne *Il federalista (The Federalist Papers, 1778)*, trad. it. B.M. Tedeschini Lalli, Nistri Lischi, Pisa, 1955, 532 e 534. Riconosce l'ascendenza dei fondamenti logici di tale sentenza nel pensiero di Hamilton **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 59.

⁴⁹ V. **E.S. Corwin**, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano (The "Higher Law" Background of American Constitutional Law, 1929)*, trad. it. S. Rosso Mazzinghi, Neri Pozza, Vicenza, s.d., 106 ss.

⁵⁰ ...secondo la nota tesi di **Ch. Beard**, *Interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti (An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, 1935)*, Feltrinelli, Milano, 1959, 67 ss. Ma v. anche **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 58 ss.: significativo è lo stesso titolo del III capitolo dell'opera («Liberty into Property before the Civil War»). In particolare i requisiti di censo prescritti per l'elettorato attivo farebbero ritenere che, secondo l'intenzione originaria, la Costituzione «era in sostanza un documento economico basato sul concetto che i fondamentali diritti privati alla proprietà sono anteriori al governo e moralmente al di là della portata delle maggioranze popolari». Così **F. Ferrara**, *La Costituzione*, cit., 86 s.

⁵¹ ...e cioè a partire dal fallimento sia dei moti liberali del 1848 sia della Costituzione del 1849 (c.d. *Paulskirchenverfassung*) a proposito della quale v. **E. Sestan**, *La Costituente di Francoforte*, Sansoni, Firenze, s.d. (ma 1946).

⁵² **P. Laband**, *Le droit public de l'Empire allemand*, vol. II, Giard & Briere, Paris, 1901, 314 ss.; **Id.**, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, V ed., vol. I, Mohr, Tübingen, 1911, 39 ss.

privato, subito dopo l'esercizio della funzione suddetta»⁵³, il concetto di *Rechtsstaat*, dovuto a F.J. von Stahl, aveva un valore puramente formale, non avendo per esso rilievo, diversamente dalla *rule of law*, né l'origine né i fini della legge⁵⁴.

Per ciò che qui specificamente interessa, tale approccio statalistico è evidenziato dalle costruzioni sistematiche dei diritti pubblici soggettivi di Carl Friedrich von Gerber e di Georg Jellinek⁵⁵. Mentre però per Gerber (1852) i diritti pubblici del singolo cittadino erano addirittura solo dei meri «effetti riflessi» - o «diritti riflessi» - del potere del monarca⁵⁶ (e questa concezione verrà ripresa in Italia, dal fascismo, grazie ad Arturo Rocco)⁵⁷, la successiva costruzione, liberale ma pur sempre statocentrica, di Jellinek (1892) non prevedeva, diversamente da quella di Gerber, solo uno *status subjectionis* dei privati nei confronti dello Stato, ma, ammessa l'esistenza di un rapporto Stato-cittadino, prefigurava altri tre *status*, tutti favorevoli a quest'ultimo: lo *status civitatis*, lo *status activae civitatis* e, per ciò che qui ci interessa, lo *status libertatis*. Il conseguente riconoscimento di diritti di libertà⁵⁸

⁵³ **G. Jellinek**, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi (System der Subjectiven öffentlichen Rechte*, I ed. 1892; II ed., 1905), trad. it. della II ed. G. Vitagliano, SEL, Milano, 1912, 176.

⁵⁴ Così **F. Neumann**, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, cit., 46 s. Ma non devono dimenticarsi né quegli studiosi che, in opposizione alla dottrina dominante, sostenevano o la natura rigida della Costituzione prussiana e quindi la possibilità di sindacato di costituzionalità (**R. von Mohl**, *Über die rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1860, 83 nota 1) né quelli che affermavano che la Costituzione prussiana fosse solo un «pezzo di carta», la vera costituzione risiedendo nell'accordo del monarca con le forze armate (**F. Lassalle**, *Delle costituzioni [Was nun? Zweiter Vortrag über Verfassungen*, 1862], trad. it. A. Rovini, Morgini, Roma, 1902, 21).

⁵⁵ Scrivevo anni fa in *La variegata struttura dei diritti costituzionali in Associazione per gli studi parlamentari, Quaderno n. 8*, Seminario 1997, Giappichelli, Torino, 1998, 71 ss. e in *Convivenza e libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Jovene, Napoli, 1999, 1063 ss., che «...ancorché assurta ai massimi fastigi con la dottrina tedesca, è indiscusso che la teoria dei diritti pubblici soggettivi rinvenga i suoi presupposti culturali nel trionfo delle ideologie liberali seguito alla Rivoluzione francese e, quindi, nell'affermazione della libertà dell'individuo contro lo strapotere dello Stato assoluto. Ma, paradossalmente, è proprio la matrice individualista delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, del 1793 e del 1795 e, soprattutto, della prima - la quale rende possibile, all'individuo di contrapporsi, *uti singulus*, con propri diritti, allo Stato -, ciò che determinerà in prosieguo, negli Stati liberali predemocratici, delle conseguenze negative circa la effettiva consistenza (o ampiezza) dei diritti e delle libertà dell'individuo economicamente e socialmente più debole. Infatti una volta esportato il modello «individualistico» francese dei diritti dell'uomo in terra tedesca, esso, per essere concretamente utilizzabile, dovrà, dopo le critiche di Gerber, abbandonare le premesse giusnaturalistiche che aveva nel suo ambiente d'origine e si presenterà, con Jellinek, come modello «statalista».

Giustificata, giuridicamente, la possibilità dell'individuo di affermare i propri diritti di fronte allo Stato in forza della teoria dell'autolimitazione di esso, la medesima teoria dell'autolimitazione statale consentirà allo Stato liberale predemocratico di distinguere i rapporti civili e politici da un lato, da quelli economici e sociali dall'altro. In pratica, essa consentirà di tener separato - nelle costituzioni e, quindi, nelle leggi - lo Stato dalla società».

⁵⁶ **C.F. von Gerber**, *Sui diritti pubblici (Über Öffentliche Rechte*, 1852), in **Id.**, *Diritto pubblico*, trad.it. P.L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1971, 67 ss. Assai significativo della teorizzazione di Gerber è la nessuna importanza che egli attribuiva alla Costituzione prussiana del 1850 (ancorché formalmente rigida) e, per contro, la centralità del concetto di Stato-persona. Su quest'ultimo punto v. **A. Baldassarre**, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, cit., 273.

⁵⁷ V. sul punto **F. Ruffini**, *I diritti di libertà*, Gobetti, Torino, 1926, 100 ss. Su Alfredo Rocco v. **P. Ungari**, *Arturo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1963.

⁵⁸ Diversamente da Jellinek, per Paul Laband i cittadini si avvantaggiavano bensì dell'autolimitazione statale, senza però che ne derivassero, in capo ad essi, dei corrispondenti diritti subiettivi. Sul punto v. **P. Laband**, *Das Staatsrecht*

nei confronti dello Stato derivava però da un'«autolimitazione» dello Stato, che questo avrebbe potuto in ogni tempo revocare⁵⁹.

Tale teoria, con l'eccezione di Carré de Malberg⁶⁰, incontrò la pressoché generale opposizione da parte della dottrina francese⁶¹, il che già di per sé evidenzia la diversità del modello francese da quello tedesco. In Italia, essa incontrò bensì il favore di autorevolissimi studiosi⁶², ma con importanti «distinguo»⁶³. Tuttavia non fu

des deutschen Reiches, II ed., vol. I, Mohr, Tübingen, 1894, 141 s. e i relativi rilievi critici di **Santi Romano**, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 163 s.

⁵⁹ Sulle costruzioni dogmatiche di Gerber e di Jellinek rinvio, per una più approfondita analisi, al mio *La variegata struttura dei diritti costituzionali* cit., in *Quaderno n. 8*, cit., 67 ss. e in *Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, cit., 1061 ss. Su di esse v. anche **A. Baldassarre**, *I diritti di libertà. Prospettiva storica e problemi attuali*, ed. provv., Terni, 1970, 117 ss., spec. 123 (dove si sottolinea la duplice dimensione dello Stato - ordinamento e persona - che entra in rapporto con l'individuo); **Id.**, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur. it.*, vol. XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989, 1 ss.

⁶⁰ ... secondo il quale «poiché nei tempi moderni soltanto lo Stato ha il potere di conferire forza esecutoria alle regole di condotta e alle relazioni umane (...), è in questo senso che si può dire che lo Stato è il creatore del diritto». Così **R. Carré de Malberg**, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, tome I, Sirey, Paris, 1920, 239, che nell'aderire, di lì a qualche pagina, alla tesi dell'autolimitazione dello Stato come fondamento dei diritti di libertà, escludeva però che ciò potesse significare che lo Stato poteva moralmente permettersi tutto.

⁶¹ V. l'imponente schiera di autorevoli studiosi (Mérignac, Duguit, Jéze, Michoud, Le Fur e Hauriou) citati da **R. Carré de Malberg**, *Contribution*, cit., 235 s., contrari alla teoria jellinekiana dell'autolimitazione.

Sottolinea **C. Nicolet**, *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique* (1982), Gallimard, Paris, 1994, 444, che «Depuis 1789, l'État, pour les Français, ne peut être ni préexistant, ni absolu, ni illimité».

⁶² In questo senso v. **A. Baldassarre**, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, cit., 276.

⁶³ Ancorché l'impostazione di V.E. Orlando sia indiscutibilmente statalistica, nel senso «che tutto il diritto derivi dallo Stato» [così **V.E. Orlando**, *Prefazione all'edizione italiana di G. Jellinek*, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., XI; ma v. anche **Id.**, *Introduzione al diritto amministrativo*, in **Id.**, *Primo trattato completo*, cit., 21 e 32 ss., rispettivamente sulla sovranità «come un attributo inseparabile dall'idea di Stato» e sul rapporto di sudditanza del cittadino nei confronti dello Stato], Orlando esplicitamente rifiutava la teoria estremistica dell'autolimitazione (così nei *Principii di diritto costituzionale*, IV ed. cit., p. 269 nota 1), affermando che «non resta con ciò escluso che costituzionalmente possano sorgere veri e propri diritti sotto forma di una posizione di limiti da parte dello Stato nell'esercizio della sua stessa supremazia». Ciò porta a ritenere che Orlando rifiutava la teoria dell'autolimitazione di Laband, secondo la quale dall'autolimitazione non discenderebbero diritti, non già quella di Jellinek che invece tali diritti ammette. A sua volta Orlando si differenziava però da Jellinek perché il suo statalismo non giungeva fino al punto di fargli ritenere che il diritto sia una «creazione del legislatore», in quanto per Orlando lo Stato «si muove entro limiti, predeterminati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo, del grado di civiltà da esso raggiunto e così via. Né, certamente, a questa regola fa eccezione quella sfera di diritto, che regola il modo concreto onde il potere sovrano esercita l'autorità sua verso i sudditi (...). Il che dimostra come la così detta "autolimitazione" è assai meno libera e spontanea di quello che credono coloro che ai diritti pubblici subbiettivi negano un fondamento certo, solido e definitivo» (**V.E. Orlando**, *Prefazione all'edizione italiana*, cit., XI s.; in questo senso v. le ulteriori indicazioni del pensiero di Orlando in **C. Esposito**, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 78 s., nota 27. Sul pensiero di Orlando v. anche **S. Cassese**, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 1971, 21 ss. che ne sottolinea i due motivi dominanti: da un lato la polemica contro l'intrusione della sociologia, della filosofia e della politica negli studi costituzionalistici, dall'altro la distinzione della legge dal diritto e quindi la prevalenza della dogmatica giuridica).

In favore dell'autolimitazione statale come fondamento dei diritti di libertà v. anche **Santi Romano**, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 160 ss.; **Id.**, *Il diritto pubblico italiano* (1914), cit., 96 s., che però poneva, com'è arcinoto, l'istituzione, e non lo Stato come tale, a fondamento del fenomeno giuridico.

Favorevoli all'autolimitazione statale come fondamento dei diritti di libertà v. anche **O. Ranalletti**, *La polizia di sicurezza*, cit., 224 ss., 228; **Id.**, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 25; **V. Miceli**, *Diritto costituzionale*, cit., 373 ss., il quale però, con grande sensibilità, affrontava, dopo il lato negativo, anche il «lato positivo» di ciò che lo Stato deve fare «per apparecchiare le condizioni più propizie per un effettivo godimento dei diritti»..

mai recepita dai costituzionalisti di orientamento liberale⁶⁴, fino all'avvento del fascismo se non anche dopo. E, quanto ai sostenitori dell'autolimitazione, non si può passare sotto silenzio l'importanza che nella stessa concezione del diritto aveva per Vittorio Emanuele Orlando il «fatto storico» (che precedeva e condizionava lo stesso diritto) e per Santi Romano l'«istituzione», e quindi la pluralità degli ordinamenti giuridici⁶⁵.

Prima che nella dottrina, può dirsi che in Italia il modello statalistico si sia affermato nelle istituzioni politiche grazie soprattutto al carattere accentrato e autoritario impresso da Francesco Crispi sia all'attività legislativa - la riforma dell'ordinamento comunale e provinciale del 1888⁶⁶, la legge di pubblica sicurezza del 1889⁶⁷ e il codice penale del 1890⁶⁸ -, sia all'azione politica che esaltò le analoghe tendenze già apparse anche nei primi anni del Regno d'Italia. Si pensi, a questo riguardo, agli stati d'assedio decretati in occasione dei disordini sociali in Lunigiana e in Sicilia del 1893 e 1894, alla conseguente istituzione di tribunali straordinari⁶⁹, ai successivi provvedimenti legislativi in tema di libertà personale, di circolazione, di manifestazione del pensiero e di stampa⁷⁰. Né i fatti successivi alla

A riprova della rapida diffusione in Italia del pensiero di Jellinek v. le disincantate notazioni di **C. Caristia**, *Il diritto costituzionale italiano nella dottrina recentissima*, Bocca, Torino, 1915, 47: «Se il compianto G. Jellinek non avesse scritto la sua troppo nota monografia, quattro quinti delle opere sull'argomento, che arricchiscono l'odierna letteratura, non esisterebbero o avrebbero sicuramente avuto un diverso aspetto e una diversa sostanza. Ma l'opera dell'illustre maestro è andata, attraverso parecchie traduzioni, nelle mani di tutti, e i giuristi italiani si sono, un bel giorno, svegliati, quasi senza accorgersene, al cospetto di un buon numero di nozioni e costruzioni, che meritavano d'essere riprodotte e volgarizzate. Naturalmente nessuno voleva aver le viste di chi riproduce o volgarizza senz'altro, e molti, quindi, pensarono di mutare qualche linea o qualche movenza all'originale; ma in fondo tutti s'incontrarono col modello comune, e tutti parlarono, con lagrime di gioia, come chi ha finito di fare, all'improvviso, una grande scoperta, di *libertà giuridica*, di *autolimita* e di *sovranità dello Stato*, di *rapporto pubblicistico fra il cittadino e lo Stato*, di *diritti pubblici subiettivi* spettanti a chi ordina e a chi obbedisce...».

⁶⁴ L'approccio liberale è presente in **G. Arcoleo**, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Jovene, Napoli, 1904, 110 s.; in **F. Racioppi e I. Brunelli**, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Utet, Torino, 1909, 11; in **G. Arangio Ruiz**, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Bocca, Torino, 1913, 68 s., 133. Con particolare forza polemica contro il fascismo è ancora espresso in **F. Ruffini**, *I diritti di libertà*, cit., *passim.*, che com'è noto, si rifiutò di giurare fedeltà al fascismo e conseguentemente venne destituito dalla cattedra universitaria.

Prima della diffusione in Italia delle teorie di Jellinek v. l'interpretazione liberale del rapporto intercorrente tra individuo e Stato in **L. Casanova**, *Del diritto costituzionale*, cit., 10 ss.; e in **L. Palma**, *Corso di diritto costituzionale*, III ed., vol. I, Pellas, Firenze, 1883, 170.

⁶⁵ La prima edizione de *L'ordinamento giuridico*, è, com'è noto, del 1917.

⁶⁶ **C. Ghisalberti**, *Storia costituzionale d'Italia 1849-1948*, Laterza, Roma-Bari, 1974, 211 ss.

⁶⁷ Sul t.u.l.p.s. crispino v. criticamente **G. Arangio Ruiz**, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1898)*, Crivelli, Firenze, 1898, rist. Jovene, Napoli, 1985, 434 ss. Sul punto v. i contributi di **G. Amato**, **G.P. Meucci**, **V. Italia**, **G. Cuomo**, **A. Pace**, **E. Cheli**, **G. Lombardi**, **D. Vincenzi**, **A. Pizzorusso**, **M. Galizia** e **G. Motzo** allo studio delle attuali libertà costituzionali nella prospettiva storica delle leggi di pubblica sicurezza del 1865, del 1889 e del 1926-1931 in **P. Barile** (cur.), *La pubblica sicurezza*, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione (Firenze, 1965), Neri Pozza, Vicenza, 1967.

⁶⁸ V. ancora **G. Arangio Ruiz**, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 458 s.

⁶⁹ V. ancora **G. Arangio Ruiz**, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 504 ss.

⁷⁰ V. ancora **G. Arangio Ruiz**, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 515.

caduta di Crispi (i moti del 1898 culminati con la strage di Milano, l'assassinio del re Umberto I⁷¹, i decreti di stato d'assedio disposti dai Governi presieduti da di Rudinè e da Pelloux) favorirono l'abbandono della svolta autoritaria.

La durata della legislazione crispina dimostra del resto, inequivocabilmente, come il modello statocentrico crispino sia persistito «nell'epoca seguente, che pure rappresenta quella di maggiore sviluppo liberale economico e sociale»⁷²

La modellistica fin qui seguita - mentre trova sufficienti riscontri sia nelle esperienze storicistico-individualista inglese e individualistica statunitense (ma con la doverosa sottolineatura dell'importante ruolo svolto dal giudiziario in entrambi i sistemi)⁷³, sia in quella storicistico-statalistica tedesca⁷⁴ e, nonostante le riserve accennate, in quella statalistica italiana - non soddisfa affatto con riferimento all'esperienza francese.

Se è scontata l'irriducibilità di tale ordinamento al modello storicistico⁷⁵, vi sono però delle notevoli difficoltà anche a ricondurlo al modello individualistico⁷⁶ con l'eccezione del periodo intercorrente tra la Restaurazione e la Seconda Repubblica, il quale costituisce una vera e propria parentesi⁷⁷.

⁷¹ Merita di essere ricordato che il motivo scatenante del regicidio (da parte dell'anarchico Gaetano Bresci, appositamente tornato in Italia dall'America) va individuato nel solenne encomio rivolto pubblicamente da Umberto I al generale Bava Beccaris (decorato a grande ufficiale dell'Ordine Militare di Savoia) «per il grande servizio reso all'istituzioni e alla civiltà», avendo egli fatto sparare colpi di cannone e di mortaio sulla folla inerme in occasione dei moti di Milano (maggio 1898), provocando così la morte di ottanta persone e moltissimi feriti. Le violenze continuarono poi per quattro giorni. V. **G. Negri**, *Storia politica italiana dall'Unità alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1994, 157; **G. Maranini**, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Vallecchi, 1967, 212.

⁷² **U. Allegretti**, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, il Mulino, Bologna, 1989, 247 ss.

⁷³ Sono grato a Michela Manetti per questo giusto rilievo.

⁷⁴ **R. Carré de Malberg**, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, cit., 231, identifica le ascendenze dottrinali dell'autolimitazione statale ne *Lo scopo nel diritto* di Jehring.

⁷⁵ **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 56.

⁷⁶ E' significativo in tal senso che **G.G. Hello**, *Del regime costituzionale*, tomo I, Foliatre-Sebezio, Napoli, 1848, 63, nell'analizzare, nel 1847, le istituzioni politiche della *Charte constitutionnelle* del 1830, rilevasse lo «strano sovvertimento d'idee» di trattare la libertà individuale «con minore interesse» della proprietà.

⁷⁷ **P. Bastid**, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Sirey, Paris, 1954, 10: «De 1814 à 1848 s'etale une tranche de notre histoire politique nettement distincte de ce qui l'entoure».

Non si dimentichi che in questo periodo le due *Chartes constitutionnelles* erano state posta al disopra delle leggi e generalmente ritenuta immutabile. Così **A. de Tocqueville**, *La democrazia in America*, cit., 124: «In Francia la Costituzione è un'opera immutabile o considerata tale. Nessuno la potrebbe cambiare: questa è la teoria riconosciuta». V. altresì il relativo approfondimento nella nota **L** a p. 124. Nel senso dell'immodificabilità della *Charte* del 1830 da parte del legislatore ordinario (e cioè da parte del Re e delle due Camere) v. gli altri aa. dell'epoca citati in **A. Pace**, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 35 ss., 283.

Ed è anche in questo periodo che viene significativamente formalizzata la distinzione tra «*droits politiques e droits publics*» per esaltare l'importanza di questi ultimi nei tempi moderni, secondo quanto sottolineato da **B. Constant**, nel celeberrimo *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it. L. Nutrimento, Canova, Treviso, 1966, i cui *Principes de politique* (1815) sono stati riprodotti, insieme con le sue altre opere costituzionalistiche, in **Id.**, *Cours de politique constitutionnelle*, Guillaumin, Paris, 1872 (rist. anastatica Slatkine, Genève-Paris, 1982, voll. due). Sul punto, e cioè a proposito della distinzione tra «*droits politiques et droits publics*», v. ancora **P. Bastid**, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française (1814-1848)*, cit., 358 ss.

Tralasciando lo statalismo individualistico del periodo napoleonico - nelle cui costituzioni (degli anni VIII, X e XII) i diritti di libertà non apparvero mai⁷⁸, se non nell'«Atto addizionale alle Costituzioni dell'Impero» del 1815⁷⁹ e il cui *Code civil* fu la vera Costituzione per la borghesia allora trionfante⁸⁰ -, il modello francese più che statalistico-individualista è statalistico-democratico. Il che può dirsi a partire dalla breve ma intensa esperienza democratica della Seconda Repubblica⁸¹ al Secondo Impero⁸² e, poi, alla Terza Repubblica.

Non a caso, Vittorio Emanuele Orlando, già nel 1890, nel suo famoso saggio sulle guarentigie della libertà, osservava che «(l)a scuola francese ha la tendenza di dare alla parola libertà un senso che più esattamente noi renderemmo colla parola democrazia. Così, costituzioni libere sono quelle democratiche; così per trionfo della libertà s'intende il trionfo della democrazia»⁸³.

In senso statalistico, ancorché democratico, ha del resto giocato la stessa «identità repubblicana», la quale ha sempre presupposto - e auspicato - uno Stato francese forte⁸⁴ nel quale i «cittadini» possano riconoscersi e nel quale la partecipazione politica gioca un ruolo di primo piano⁸⁵. Non è quindi un caso che, nel primo trentennio del secolo XX, in importanti opere di teoria dello Stato e in autorevoli manuali di diritto costituzionale non si parlasse, o si parlasse poco, delle libertà classiche e fossero invece diffusamente trattati i temi del corpo elettorale e dei sistemi di voto⁸⁶. La partecipazione politica giocava anzi un ruolo così esorbitante da

⁷⁸ V. al riguardo le critiche al dispotismo napoleonico di **G.G. Hello**, *Del regime costituzionale*, cit., 67 ss., 129 ss.

⁷⁹ ...alla cui stesura collaborò, com'è noto, il liberale Benjamin Constant

⁸⁰ Così, tra gli altri, **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 66.

⁸¹ **P. Bastid**, *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, Hachette, Paris, 1945.

⁸² La Costituzione imperiale del 1852 si ispirò a quella bonapartista dell'anno VIII, prevedendo una *démocratie césarienne*. Già nel 1857, a seguito dell'opposizione del gruppo dei Cinque (tra cui Jules Favre e Emile Olivier) si venne sostituendo, all'impero autoritario, un impero liberale. Così **G. Burdeau**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, VII ed., LGDJ, Paris, 1957, 245 ss.

⁸³ **V.E. Orlando**, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, cit., 921.

⁸⁴ «Toute notre histoire, c'est l'alternance des immenses douleurs d'un peuple dispersé et des fécondes grandeurs d'une nation libre groupée sous l'égide d'un État fort». Sono queste le parole conclusive del celeberrimo discorso di Bayeux (16 giugno 1946) di Charles de Gaulle, ancorché gli fosse ben nota la mancanza di «efficacité, stabilité et responsabilité» che aveva caratterizzato la Terza Repubblica e che avrebbe poi caratterizzato la Quarta (v. la conferenza stampa del Presidente de Gaulle del 31 gennaio 1964, ne *La documentation française, Documents d'études*, n. 1.04, 4° trimestre 2008).

⁸⁵ **C. Nicolet**, *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique* (1982), cit. 441 ss..

⁸⁶ Ad es. **R. Carré de Malberg**, *Contribution*, cit., non affronta le problematiche delle libertà, ma solo quelle del corpo elettorale, della funzione elettorale e del diritto di voto. **M. Hauriou**, *Precis de droit constitutionnel*, II ed., Sirey, Paris, 1929, dedica complessivamente alle libertà individuali cinquanta delle 735 pagine della sua opera ed altrettante ne dedica al *pouvoir de suffrage*. Infine **J. Barthelemy** e **Paul Duez**, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, dedicano alla trattazione della problematica del corpo elettorale 150 pagine delle complessive 906, mentre alla libertà al singolare, non ai diritti di libertà, riservano incidentalmente qualche pagina nell'ambito della discussione delle forme di Stato. Deve però essere ricordato che allo studio dei diritti di libertà e delle relative garanzie **J. Barthelemy** dedicherà

porre addirittura in discussione la stessa struttura c.d. negativa delle libertà civili⁸⁷ (ad esempio Georges Burdeau, anche dopo di allora, ebbe ripetutamente ad affermare che «*La liberté, c'est le Pouvoir*»⁸⁸).

In senso democratico-statalistico hanno poi influito tanto la tesi che la democrazia costituirebbe la condizione per l'esercizio delle libertà⁸⁹, esatto contrario della concezione individualistica o liberale⁹⁰, quanto la considerazione della *fraternité*, già presente nei lavori della stessa Assemblea costituente del 1791⁹¹. Se è vero che i diritti sociali, proclamati nella Costituzione repubblicana del 1848, avrebbero dovuto attendere ancora molto per realizzarsi⁹², è infatti altrettanto vero che già nell'ultimo ventennio del secolo XIX fu la *fraternité* ad ispirare le dottrine solidaristiche di Léon Bourgeois e di Léon Duguit⁹³, con la conseguente radicale negazione dei diritti del singolo nei confronti dello Stato e viceversa⁹⁴. Lo Stato

il suo *Précis de droit public*, Dalloz, Paris, 1937. Ben più equilibrata è la struttura dell'opera di **L. Duguit**, *Manuel de droit constitutionnel*, III ed., Fontemoing, Paris, 1918, il quale dedica alle libertà 114 delle 561 pagine complessive.

⁸⁷ In senso pressoché analogo v. **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 40.

⁸⁸ **G. Burdeau**, *Les libertés publiques*, IV ed., LGDJ, Paris, 1972, 19: «Le plus élémentaire réalisme oblige à constater que la liberté nue, celle dont l'épanouissement n'exigerait que l'abstention totale de l'autorité, est irrémédiablement condamnée par l'évolution économique et social dans laquelle nous sommes engagés»; v. anche **Id.**, *Les libertés publiques*, II ed., LGDJ, Paris, 1961, 20: «Convaincu de la vanité de son indépendance théorique, accablé par le sentiment de l'impuissance d'une liberté conçue comme prérogative individuelle, l'homme fut naturellement porté à se tourner vers la seule force capable de lui procurer cette liberté effective qu'il ne pouvait atteindre par ses seuls moyens. Il songea à recourir à l'instrument politique, c'est-à-dire à faire du Pouvoir l'entrepreneur de sa libération».

V. già **M. Hauriou**, *Précis de droit constitutionnel*, II ed., Sirey, Paris, 1929, 650 ed ivi l'identificazione della libertà individuale con il potere giuridico.

⁸⁹ Nel senso che la democrazia costituisca la condizione per l'esercizio delle libertà v. ancora **G. Burdeau**, *Les libertés publiques*, cit., 24 ss.

⁹⁰ In questo senso, v. per tutti **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 11 s.

⁹¹ V. la precisa ricostruzione dei lavori preparatori della Costituzione del 1791 in **M. Mazzotti**, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur.*, 1954, vol. CXLII, 60 s. che riporta il pensiero di E.-J. Sieyès e di C.-G. Romme. V. anche sul punto **M. Borgetto**, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993, 139 ss.

⁹² Scrive infatti **G. Ferrara**, *La Costituzione*, cit., 142, con riferimento agli avvenimenti francesi del 1848: «Per i diritti sociali, come per quelli al lavoro e alla riduzione della giornata lavorativa, non era giunto il tempo del riconoscimento e per essi non ci fu spazio nella Costituzione che sarebbe stata approvata: avrebbero dovuto attendere cento anni ancora di sfruttamento, di repressioni, di eccidi e di lotte per essere riconosciuti costituzionalmente».

⁹³ Sull'emersione dell'idea di solidarietà e sulla sua influenza sui giuristi e in particolare su L. Duguit, v. **M. Borgetto**, *La notion de fraternité*, cit., 350 ss., 382 ss.

⁹⁴ In tal senso v. **L. Duguit**, *Manuel du droit constitutionnel*, cit., 215 s.; **Id.**, *Souveraineté et liberté*, Alcan, Paris, 1921, 141 ss., 161 ss., la cui concezione solidarista implicava, da un lato, che l'individuo - nei confronti dello Stato - avesse solo doveri sociali (e non diritti), dall'altro lato il ripensamento dello stesso concetto di Stato, come persona collettiva distinta dai governanti, dotati, quest'ultimi, di poteri per la prestazione di servizi pubblici. Dello stesso a. v., già prima, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato (Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 1908), trad. it. B. Paradisi, Sansoni, Firenze, 1950, *passim* ed ivi la tesi secondo cui né gli individui né la collettività avrebbero diritti, ma che tutti, in quanto esseri sociali, sarebbero obbligati ad obbedire alla «regola sociale».

Sul dibattito, nella III Repubblica, circa l'estensione dell'intervento dello Stato in materia di assistenza sociale, v. ancora **M. Borgetto**, *La notion de fraternité*, cit., 434 ss.

repubblicano non avrebbe, secondo il celebre studioso, «né poteri né diritti, ma semplici doveri di “rendere servizi” alla collettività e di esercitare funzioni utili»⁹⁵. Una conclusione, questa, sulla quale convergevano, circa il fondamento del diritto nella mera socialità dell'uomo, le altrettanto celebri teorizzazioni di Maurice Hauriou⁹⁶.

4. La libertà come possibilità di scelta. Le libertà nello Stato costituzionale

Siamo quindi giunti alla terza e ultima accezione del concetto di libertà: per essa la libertà rilevarebbe come possibilità di scelta. La libertà sarebbe «finita», perché condizionata e limitata dal mondo stesso in cui si progetta (Heidegger). Pertanto, secondo Abbagnano, la libertà non «è autodeterminazione assoluta e non è quindi un tutto o un nulla, ma piuttosto un processo sempre aperto: il problema di determinare la misura, la condizione o la modalità della scelta che può garantirla». Libero, in questo senso, è chi «possiede, in un grado o misura determinata, possibilità determinate». Ascendenze di questo concetto si troverebbero, secondo Abbagnano, già in Platone e se ne rinverrebbero tracce in Hobbes⁹⁷, in Locke, in Voltaire («Si è liberi di fare quando si ha il potere di fare») e in Kant (la libertà è «la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne tranne che a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso»). Dewey ha poi tradotto questa dottrina nei termini «di un empirismo proiettato verso il futuro».

Se è vero che il senso stesso della libertà svanisce «in una concezione rigidamente deterministica, in cui ad ogni momento della sua vita ciascun uomo dovrebbe agire in un determinato modo, impostogli dalla sua struttura biologica, dai suoi precedenti»⁹⁸, deve allora sottolinearsi come questa terza accezione - nella quale la libertà è una continua conquista - ha trovato conferme, negli anni '40 del secolo XX, con il venir meno, dal punto di vista scientifico, dell'ideale della causalità necessaria e della previsione infallibile.

Tale accezione dà conto degli eccessi e dei rischi che si connettono sia alla prima che alla seconda accezione. Della prima, essa rifiuta la natura *assoluta* e *incondizionata* della libertà, che, se fosse accolta, porterebbe, in materia religiosa, all'agnosticismo e, in materia politica, a delegittimare lo Stato e qualsivoglia altro ordinamento giuridico. Della seconda accezione essa rifiuta l'*assoluto condizionamento dell'individuo da parte di un terzo soggetto*, da quest'ultima considerato come logicamente «*necessario*».

⁹⁵ C. Nicolet, *L'idée républicaine en France*, cit., 460.

⁹⁶ M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. it. W. Cesarini-Sforza, Giuffrè, Milano, 1967, 45, 94 ss.; nonché, sul punto della genesi del diritto come fatto indipendente dall'autorità, i rilievi di A. Baratta, nella sua *Presentazione*, XXII. Sul punto v. anche anche M. Hauriou, *Droit constitutionnel*, II ed., cit., 102.

⁹⁷ V. però *infra* la nota 112.

⁹⁸ Così A.C. Jemolo, voce *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 268.

Dire che la libertà è possibilità di scelta implica politicamente, secondo Abbagnano, che «un tipo di governo è libero non già semplicemente se è scelto dai cittadini, ma se consente ai cittadini in certi limiti una continua possibilità di scelta, nel senso della possibilità di mantenerlo o modificarlo o eliminarlo». Il concetto di libertà che consegue da questa terza impostazione del problema è quindi il più vicino al mondo contemporaneo perché non presuppone certezze ma solo la *concreta* possibilità di esercizio dei diritti di libertà da parte di tutti.

Questa terza accezione ben si attaglia allora allo «Stato costituzionale», e cioè a quella forma di Stato che si è affermata nelle democrazie liberali del secondo dopoguerra, la quale non solo deve assicurare, in continuità assiologica con il famoso art. 16 della *Déclaration de droits de l'homme* del 1789, la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri, non solo deve rendere effettivi, e non rinnegare, i principi dello Stato di diritto, e quindi il principio di legalità⁹⁹, ma deve altresì prevedere, come garanzia della Costituzione - e soprattutto dei diritti individuali da essa riconosciuti¹⁰⁰ - un'efficace istanza giurisdizionale, terza e imparziale, che giudichi della conformità a Costituzione di tutti i più importanti atti del pubblico potere, ivi comprese le leggi, con la sola eccezione dei c.d. «atti di governo»¹⁰¹. Una forma di Stato - lo Stato costituzionale - che costituisce il prodotto di una lunga riflessione culturale che si snoda nell'arco di quasi tre secoli¹⁰², nella quale la persona umana e/o i suoi diritti hanno se non un'aprioristica preminenza su tutto¹⁰³, quanto meno un'indiscutibile centralità nell'esperienza giuridica¹⁰⁴.

⁹⁹ Se è vero, com'è vero, che anche la mediazione legislativa costituisce un valore costituzionale (così **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 210 s.), ne dovrebbe seguire la non divisibilità della tesi secondo la quale il principio di legalità (ordinaria) sarebbe stato posto in crisi dallo Stato costituzionale di diritto, come tale fondato sulla legalità costituzionale (in questo senso v. **M. Luciani**, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, 504). D'altra parte, è intuitivo - e questo lo sa bene lo stesso **M. Luciani**, *op. loc. cit.* - che la legalità ordinaria deve conformarsi ai principi e alle regole costituzionali; deve cioè conformarsi alla legalità costituzionale.

¹⁰⁰ Di qui la peculiarità del «legicentrismo» francese (**G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 64 s.; **M. Fioravanti**, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 59 s., 71) che, in nome della sovranità popolare, ha finito per rifiutare la superiorità della Costituzione, al punto di strutturare, nella Costituzione della V Repubblica, il sindacato di legittimità costituzionale del *Conseil constitutionnel* come una fase del procedimento legislativo.

E di qui anche l'importanza storica della legge di revisione costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 e del conseguente inserimento dell'art. 61-1 Cost. fr., in conseguenza del quale, quando il sistema incidentale di legittimità costituzionale andrà a regime «...i francesi potranno infine menar vanto della propria Costituzione, porsi sotto la sua ala come già facevano con la loro tutti i vicini dell'Europa continentale». Così **G. Carcassonne**, *La Constitution*, IX ed., Seuil, Paris, 2009, 302.

¹⁰¹ **E. Casetta**, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2004, 35 e 637; **P. Stella Richter**, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in **G. Guarino** (cur.), *Dizionario amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 1983, vol. I, 386. Ammetteva bensì la possibilità di eccezioni a tale regola **P. Barile**, voce *Atto di governo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 227, alludendo però ad indiscutibili atti politici quali la proclamazione dello stato di guerra e dello stato d'assedio.

¹⁰² **P. Häberle**, voce *Stato costituzionale - II) sviluppo storico*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Ist. Enc. it., Roma, 2001, 1 ss.

¹⁰³ Nello stesso senso v. **G. Zagrebelsky**, *Il diritto mite*, cit., 75 s.

¹⁰⁴ **A. Baldassarre**, voce *Libertà - I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Ist. Enc. it., Roma, 1990, 23; **Id.**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 63 ss. Tra i molti, nello stesso senso v. **E. Cheli**, *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, relazione al Convegno su «*Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*» organizzato

Di qui se non la piena operatività, quanto meno la *tendenziale* piena operatività, in esso, dei c.d. diritti sociali (diritto all'istruzione, diritto all'assistenza sanitaria, diritto alla previdenza e all'assistenza sociale ecc.), i quali nel dibattito culturale successivo alla Costituzione di Weimar (1919) furono addirittura elevati a condizioni per l'effettivo riconoscimento di una «libertà media»¹⁰⁵, e cioè per tutti «eguale» dal punto di vista non soltanto formale (v. invece *supra* il n. 1). Una piena operatività però «solo tendenziale», perché strutturalmente i diritti sociali sono diritti a prestazioni positive da parte dello Stato (c.d. diritti all'eguaglianza)¹⁰⁶, per i quali - come per il Tribunale costituzionale federale tedesco così per la nostra Corte

dall'Istituto dell'Enciclopedia italiana, 27 e 28 ottobre 2005, in www.astrid-online.it, sub d), 4 s.; **M. Luciani**, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in **AA.VV.**, *La giustizia costituzionale ad una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990 (a cura di R. Romboli), Giappichelli, Torino, 1991, 173, con talune puntualizzazioni in **Id.**, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1658 ss. **G. Morbidelli**, in **Id.**, **Pegoraro**, **Reposo**, **M. Volpi**, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, II ed., Monduzzi, Bologna, 2007, 86;

C'è però da chiedersi, con **G. Azzariti**, *Principio di legalità e Stato costituzionale*, in www.costituzionalismo.it (19 settembre 2006), quanto lo Stato costituzionale, come forma di Stato, sia effettiva nel nostro paese, a fronte della desacralizzazione (e banalizzazione) a cui il diritto costituzionale è stato esposto in questi ultimi quindici anni, tra i quali la crisi della capacità progettuale dei partiti politici, la televisione come luogo privilegiato della politica, l'immiserimento del procedimento parlamentare di formazione della legge, l'abnorme decretazione legislativa d'urgenza e delegata per non parlare delle ricorrenti leggi *ad personam* e dei diffusi conflitti di interesse, violazione della preferenza di legge ecc.

¹⁰⁵ **C. Rosselli**, *Socialismo liberale* (1930), Einaudi, Torino, 1979, 91: «È in nome della libertà, è per assicurare una effettiva libertà a tutti gli uomini, e non solo a una minoranza privilegiata, che i socialisti chiedono la fine dei privilegi borghesi e la effettiva estensione all'universale delle libertà borghesi; è in nome della libertà che chiedono una più equa distribuzione delle ricchezze e l'assicurazione in ogni caso ad ogni uomo di una vita degna di questo nome; è in nome della libertà che parlano di socializzazione, di abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione e di scambio, della sostituzione del criterio di socialità, dell'utile collettivo, al criterio egoistico, dell'utile personale, nella direzione della vita sociale. Tra una libertà media estesa all'universale, e una libertà sconfinata assicurata ai pochi a spese dei molti, meglio, cento volte meglio, una libertà media. Etica, economia, diritto concordano in questa conclusione».

Nello stesso senso v. anche **R. Aron**, *Essai sur la liberté* (1965), Calman-Levy, Paris, 1976, 21, il quale, dopo aver rifiutato sia il dogmatismo liberale che quello democratico, così conclude: «Una società può dirsi più o meno libera in funzione di due criteri tradizionali: la limitazione dei poteri dei governanti, la non-dipendenza, in talune attività, d'un gran numero di individui. Ma se si prende in considerazione un solo criterio, e cioè una definizione esclusiva della libertà, ciò condurrà o al paradosso d'una oppressione riconosciuta legittima in nome della procedura democratica oppure al paradosso d'una liberazione decretata oppressione, perché si rifiuta di comparare le libertà che taluni perdono con quelle che gli altri guadagnano».

Ma la libertà media ai quali Rosselli e Aron si riferivano è evidentemente non una minore libertà personale, di circolazione o di manifestazione del pensiero (su questo aspetto v. le giuste osservazioni di **I. Berlin**, *Due concetti di libertà*, cit., 107 s.), ma una più equa disponibilità dei mezzi di esercizio di essi.

¹⁰⁶ V. in questo senso anche **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 274 ss; **Id.**, *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in **Id.**, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, cit., 29 ss., nonché anche la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 140 ss.

Ritiene invece impossibile tracciare una netta linea di demarcazione strutturale tra diritti sociali e diritti di libertà **M. Luciani**, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, 118 ss. che sembrerebbe sottolineare, anche per i diritti di libertà, una costante presenza dello Stato a fini sia di protezione sia di concreto esercizio. Ma una cosa è la protezione, altra cosa è l'esercizio. Quanto alla protezione sono il primo a sottolineare l'inconcludenza della differenza tra «libertà di» e «libertà da», come ho già ricordato anche in questo contributo (v. *supra* la nota 37). Quanto invece all'esercizio, a mio parere Luciani generalizza eccessivamente la necessità dell'intervento pubblico fino a trasformarlo in strutturale. E' bensì vero che l'intervento del terzo (talora anche privato) può essere necessario per l'ottimale attuazione del diritto di libertà (sia Luciani che io ci riferiamo all'ipotesi dell'esercizio della libertà di manifestazione attraverso un mezzo di diffusione non disponibile a tutti; v. ancora la mia *Problematica*, cit., 120). Ciò tuttavia non implica che per esercitare i diritti di libertà sia sempre e comunque necessario tale intervento, mentre lo è sempre per i diritti sociali, dove, come sa bene il mio amico e collega, è condizionante l'operatività della «riserva del possibile» (**M. Luciani**, *Sui diritti sociali*, cit. 125).

costituzionale¹⁰⁷ - , vale la «riserva del possibile», nel senso cioè che l'erogazione delle prestazioni a carico dello Stato deve tener conto delle disponibilità del bilancio statale, ancorché col limite della salvaguardia del minimo essenziale alle esigenze di vita¹⁰⁸.

Si è già avvertito che, secondo questa terza accezione di libertà, un tipo di governo è libero solo se consente ai cittadini, in certi limiti, una continua possibilità di scelta circa la possibilità di mantenerlo, modificarlo o eliminarlo¹⁰⁹. Ciò significa che, in accordo con tali premesse, ai cittadini deve essere garantito il potere, diretto o anche solo indiretto - per il tramite del Parlamento nonché degli organi giudiziari e della Corte costituzionale (che, non a caso, esercitano le loro funzioni «in nome del popolo italiano») - di controllare i detentori del potere, il contenuto delle leggi e dei provvedimenti posti in essere dai governanti.

Il che è altrettanto tipico dello Stato costituzionale, nel quale si determina - *rectius*: deve deter

minarsi - un fenomeno circolare: i singoli devono rispettare l'ordinamento, ma l'ordinamento ha bisogno del contributo fattivo dei singoli. Pertanto, come i diritti sociali costituiscono le precondizioni per un effettivo esercizio delle libertà civili, così le libertà civili costituiscono, a loro volta, le precondizioni per un efficace esercizio dei diritti politici¹¹⁰. In altre parole, le libertà civili sarebbero le «ancelle» dei diritti politici, come un tempo si diceva che la proprietà era l'«ancella» delle libertà civili. Anzi, in un'impostazione più complessa ma anche più realistica dei reciproci rapporti tra diritti, ci si potrebbe spingere addirittura più in là, e si potrebbe sostenere che i diritti di libertà e i diritti politici si pongono *di fatto* come reciprocamente serventi, in una rete di situazioni giuridiche soggettive anche strutturalmente diverse tra loro, ma tutte *di fatto* convergenti alla più piena realizzazione di una democrazia liberale.

5. Alcune considerazioni finali sulla struttura dei diritti di libertà.

5.1. Nonostante la conclamata anteriorità della persona umana rispetto allo Stato e nonostante il contesto storico, culturale e giuridico descritto nel n. 4, nel quale il riconoscimento dei diritti dell'uomo ha un'indiscussa centralità, numerosi e autorevoli costituzionalisti, nella scia di non meno autorevoli filosofi e teorici del

¹⁰⁷ V. da ultimo la sent. n. 354 del 2008.

¹⁰⁸ V. Corte cost., sent. n. 240 del 1994

¹⁰⁹ Diceva giustamente **H.J. Laski**, *La libertà nello Stato moderno*, cit., 18 s. che al fine di evitare che la libertà del cittadino sia invasa dalla suprema autorità, essa non può che «risolversi in un sistema di libertà».

¹¹⁰ **V. Crisafulli**, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), ora in **Id.**, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 119; **F. Neumann**, *Lo Stato democratico*, cit., 37. Nello stesso senso **N. Abbagnano**, che così conclude la voce *Libertà* più volte citata: «Le cosiddette "istituzioni strategiche della libertà", come le libertà di pensiero, di coscienza, di stampa, di riunione ecc. sono per l'appunto dirette a salvaguardare ai cittadini la possibilità di scelta del dominio scientifico, religioso, politico, sociale ecc. Pertanto i problemi della libertà non possono essere risolti da formule semplici e totalitarie (quali sarebbero quelle suggerite da un concetto di libertà anarchico o necessitaristico), ma dallo studio dei limiti e delle condizioni che, in un campo e in una situazione determinata, possono rendere effettiva ed efficace la possibilità di scelta dell'uomo».

diritto, continuano ad utilizzare, a proposito dei classici diritti di libertà, la locuzione «libertà negativa»¹¹¹, con conseguenze fuorvianti.

Ponendo l'accento sull'hobbesiano «non impedimento» (delle azioni)¹¹² una siffatta locuzione finisce infatti per identificare nel «tutto» (nella specie, nello Stato: v. *supra* il n. 3.1.) la dinamica delle libertà dell'individuo, conseguentemente rendendo irrilevanti i concreti comportamenti posti in essere da questo¹¹³ (come era anche nella logica dell'autolimitazione jellinekiana)¹¹⁴; e finisce così per coinvolgere nella tesi, secondo la quale la libertà consisterebbe nella mera pretesa all'astensione dello Stato¹¹⁵ e dei terzi¹¹⁶, anche coloro che si limitano a identificare la libertà con la

¹¹¹ In questo senso, tra i molti, v. **A. Barbera, F. Coccozza e G. Corso**, *Le situazioni soggettive*, in **G. Amato e A. Barbera**, *Manuale di diritto pubblico*, V ed., vol. I, Il Mulino, Bologna, 1984, 228; **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 67 ss.; **P. Biscaretti di Ruffia**, *Diritto costituzionale*, XV ed., Jovene, Napoli, 1989, 839; **P. Caretti**, *I diritti fondamentali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, 28; **P. Caretti e Ugo de Siervo**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Cedam, Padova, 2008, 448; **L. Carllassare**, *La «dichiarazione dei diritti» del 1789 e il suo valore attuale*, cit., 23; **A. Cerri**, *Istituzioni di diritto pubblico*, II ed., Giuffrè, Milano, 2002, 406; **G. de Vergottini**, *Diritto costituzionale*, VI ed., Cedam, Padova, 2008, 272; **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 235 ss.; **G. Guzzetta e F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, 604; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, XI ed., a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano, 2005, 113 e 540; **G. Morbidelli**, in **Id., Pegoraro, Reposo, M. Volpi**, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., 86; **A. Pizzorusso**, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, cit., 311; **A. Vignudelli**, *Diritto costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2008, 466.

¹¹² Tra i molti, in questo senso, v. **I. Berlin**, *Due concetti di libertà*, cit., 104; **E.S. Corwin**, *Liberty against Government*, cit., 7. Ma la tesi risale, com'è noto, a **T. Hobbes**, *Leviatano (Leviathan, 1651)*, trad. it. A. Lupoli, M.V. Predaval, R. Rebecchi, Laterza, Roma-Bari, 1989, 175 (che infatti Berlin cita nella nota 5 del suo saggio).

L'*incipit* del cap. XXI, dedicato appunto alla libertà dei sudditi, è il seguente: «Libertà significa propriamente assenza di opposizione (per opposizione intendo impedimenti esterni del movimento) e può essere riferita non meno a creature irrazionali e inanimate che a creature razionali».

Poco dopo, Hobbes sottolinea: «Secondo il significato proprio e universalmente accettato della parola "libero", UN UOMO LIBERO è colui che non è impedito dal fare tutto ciò che vuole fare con la propria forza e il proprio ingegno. Ma tutte le volte che le parole libero e libertà sono riferite a qualcos'altro che non sia corpo, si compie un abuso; perché ciò che non è soggetto al movimento non è soggetto a impedimento» (corsivi e maiuscole dell'a.).

La traduzione di quest'ultima frase è stata da me leggermente modificata. Infatti nella pur bella traduzione di A. Lupoli, M.V. Predaval e R. Rebecchi il passo viene invece tradotto così: «UN UOMO LIBERO è colui che, nelle cose che è capace di fare con la propria forza e il proprio ingegno, non è impedito dal fare ciò che ha la volontà di fare». Questa traduzione, spostando il baricentro della frase sulla «capacità di fare con la propria forza e il proprio ingegno» potrebbe far pensare che Hobbes seguisse la terza accezione di libertà (ed infatti Abbagnano iscrive Hobbes tra i sostenitori sia della seconda che della terza tesi). Il testo inglese evidenzia invece il ruolo condizionante svolto dall'impedimento, e conferma quindi l'appartenenza di Hobbes ai sostenitori della seconda accezione. Infatti un paio di pagine dopo Hobbes parla delle leggi civili come di catene artificiali e aggiunge: «E' solo in relazione a questi legami che devo ora parlare della libertà dei sudditi...».

¹¹³ **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 236 sub b).

¹¹⁴ **G. Jellinek**, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 116, identificava le libertà «con le azioni dei cittadini giuridicamente irrilevanti di fronte allo Stato», mentre **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 236 e 284, non diversamente, afferma la «irrelevanza per l'ordinamento del comportamento attivo o inerte del loro titolare».

¹¹⁵ In un passato non troppo lontano la tesi che l'astensione concernesse il solo Stato è stata condivisa da: **P. Biscaretti di Ruffia**, *Diritto costituzionale*, cit., 839; **A. Bozzi**, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Giuffrè Milano, 1981, 469; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, cit., fino alla X ed., 2000, 527 s. (ma v., diversamente, l'XI ed. del 2005, 540), i quali parlavano, con riferimento ai diritti di libertà, di diritti pubblici soggettivi talora addirittura ricollegandosi al sistema di G. Jellinek..

¹¹⁶ Così soprattutto **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 235 ss., spec. 242 nota 17 seguito da **G. Guzzetta e F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 604. In questo senso v. anche **A. Cerri**, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 406; **F. Cuocolo**, *Principi di diritto costituzionale*, cit., 320.

mera assenza di impedimenti a fare¹¹⁷. Tesi - quella della pretesa all'astensione - improponibile nell'attuale forma di Stato (costituzionale) nella quale non lo Stato ma *la Costituzione fonda i diritti di libertà*, e nel quale, quindi, lo Stato può operare solo «nelle forme e nei limiti della Costituzione» (art. 1 comma 2 Cost.).

Con il che ovviamente non sostengo affatto che la libertà del singolo (e, quindi, il contenuto dei suoi diritti di libertà) possa costituire oggetto di valutazione giuridica indipendentemente dal potere conformativo esercitato su di essa dall'ordinamento e dalle concrete garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali da questo previsto (come se fosse possibile - ciò che ho sempre contestato - separare la «libertà di» dalla «libertà da»!)¹¹⁸. Mi limito piuttosto a sottolineare che, anche dal punto di vista giuridico, è fuorviante parlare di libertà se non si prende in considerazione in prima battuta il concreto agire dell'individuo.

Essendo quindi indiscutibile che la misura delle libertà costituzionali sta tutta, oggi come oggi, nella Costituzione, ne segue l'ovvia improponibilità, al giorno d'oggi, della vicenda - durata più di ottant'anni a partire dagli anni '70 del XIX secolo - che ha visto la dogmatica del diritto pubblico soggettivo condizionare, soprattutto in Germania e in Italia, lo stesso tenore normativo degli enunciati costituzionali, con l'effetto di trasformare, con esiti palesemente contraddittori, i diritti assoluti di libertà in altrettanti diritti relativi aventi a contenuto l'astensione dello Stato¹¹⁹.

Ma non basta. Il riconoscimento della «positività» del libero dispiegarsi delle energie individuali, quali si realizzano nei classici diritti di libertà, subisce un effetto fuorviante anche dalla ricorrente utilizzazione del vocabolo «libertà positiva», non già per identificare «la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni senza essere determinato dal volere altrui»¹²⁰ - il che è esatto -, ma per sottolineare che le vere «libertà positive» sarebbero altre, e cioè tutte quelle situazioni strumentali il cui esercizio tenderebbe a realizzare un'effettiva parità dei cittadini all'organizzazione politica del Paese¹²¹. Il che è invece inesatto, anche sotto il profilo lessicale, posto che le libertà

¹¹⁷ Così ad es. **A. Barbera, F. Coccozza e G. Corso**, *Le situazioni soggettive*, cit., 228; **P. Caretti**, *I diritti fondamentali*, II, Giappichelli, Torino, 2005, 28, 91; **G. de Vergottini**, *Diritto costituzionale*, cit., 272; **Mazziotti di Celso e G.M. Salerno**, *Manuale di diritto costituzionale*, IV ed., Cedam, Padova, 2007, 165; **G. Morbidelli**, in **Id., Pegoraro, Reposo, M. Volpi**, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., 86; **A. Pizzorusso**, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, cit., 311;

¹¹⁸ V. supra la nota 37.

¹¹⁹ V. il sempre attuale contributo di **E. Casetta**, voce *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1966, 791 ss., 795 ss.

¹²⁰ **N. Bobbio**, voce *Libertà*, cit., 995.

¹²¹ Tra i molti v. **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 67 ss.; **P. Caretti**, *I diritti fondamentali*, cit., 2005, 91; **P. Caretti e Ugo de Siervo**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., cit., 448; **L. Carlassare**, *La «dichiarazione dei diritti» del 1789 e il suo valore attuale*, cit., 23; **G. Morbidelli**, in **Id., Pegoraro, Reposo, M. Volpi**, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., 86; **F. Cuocolo**, *Principi di diritto costituzionale*, cit., 320; **T. Martines**, *Diritto costituzionale*, XI ed., cit., 110, 576.

positive di questo secondo tipo altro non sono, nella realtà, che fattispecie complesse nelle quali vi è bensì, all'esito, l'esercizio di un diritto di libertà da parte dell'individuo (si pensi, ad esempio, al c.d. diritto di accesso ai mezzi pubblici di diffusione del pensiero) che però, a monte, è reso possibile e comunque condizionato da uno o più interventi dei pubblici poteri.

Rimeditare, ancora una volta, sulla struttura dei diritti di libertà non ha quindi una valenza «meramente definitori(a) sul piano teoretico»¹²². L'analisi strutturale di una situazione giuridica soggettiva persegue lo scopo di individuare la ragion d'essere del riconoscimento di quel dato diritto, con la conseguenza pratica di identificare il valore costituzionale ad essa sotteso: un'identificazione che è d'importanza essenziale non solo per l'interpretazione sistematica *à la* Windscheid, ma anche per i percorsi argomentativi che si fondino su basi valutative¹²³.

5.2. E' quindi importante, per tornare al punto che ci interessa, accertare se il valore tutelato nei classici diritti di libertà sia costituito dall'*agere licéere* del titolare del diritto - come da chi scrive si è sempre sostenuto¹²⁴ - oppure dal *non facere* dello

¹²² V. invece **G. Guzzetta** e **F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 605.

¹²³ **A.A. Cervati**, *Ragionevolezza delle leggi e interpretazione costituzionale*, in **Id.**, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*, ma v. spec. 194 s.

¹²⁴ Si vedano tra i molti scritti da me dedicati all'argomento *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, cit., 108; la voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 295 ss., ma soprattutto le varie edizioni della *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*. V. ad es. la III ed., 116 ss.

Costituisce quindi la conseguenza di una palese forzatura (non del solo mio pensiero) il rilievo secondo il quale, accedendo alla concezione della libertà come potere di autodeterminazione (v. *supra* la nota 30), l'*agere licere* andrebbe qualificato in termini di «potere giuridico» l'esercizio del quale presupporrebbe la capacità d'agire (così **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 237 nota 6, 254; e **G. Guzzetta** e **F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 605). Per vero, quando si parla di libertà come del «potere che appartiene a ciascun individuo di esercitare e di sviluppare la sua attività fisica, intellettuale e morale, senza che il legislatore vi possa apportare altre restrizioni che quelle per proteggere le libertà di tutti» (così ad es. **L. Duguít**, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., 225) si allude al mero *licéere* (l'ascendenza di questa concezione liberale è in Kant, come evidenzia **N. Bobbio**, *Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant*, cit., 232, che la qualifica liberale, pur giustapponendola alla concezione, di analoga matrice liberale, della libertà come non impedimento).

Fermo restando, quindi, che per chi scrive il contenuto dei diritti di libertà consiste nell'*agere licéere*, ne segue che - contrariamente a quello che rilevano i miei critici - un problema di *capacità d'agire* si pone solo per le libertà il cui contenuto consista in attività giuridiche, laddove, per le libertà il cui contenuto sia dato dal compimento di attività materiali (biomeccaniche), è sufficiente la *capacità naturale* (v. la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed., 1984, 126 ss.; II ed., 1990, 137 ss.; III ed., 2003, 306 ss.).

Ciò che deve aver confuso il mio vecchio amico e collega (*I diritti di libertà*, cit., 254, pedissequamente seguito da **G. Guzzetta** e **F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 605 s.) è probabilmente il fatto che in passato io mi sono posto il problema della *capacità giuridica* dei diritti di libertà aventi a contenuto delle attività materiali. In altre parole, ferma restando la generale spettanza della *soggettività giuridica* (che è cosa diversa dalla *capacità giuridica*) sin dal momento della nascita, mi sono sempre chiesto se sia possibile concepire la titolarità di un diritto di libertà anche quando, in conseguenza dell'età o di difetti fisici, non si sia in grado di esercitarlo. Di qui la mia conclusione - convincente o non convincente, qui non interessa; ma sicuramente diversa da quella che inesattamente mi si attribuisce - secondo la quale la *capacità giuridica* dei diritti di libertà aventi a contenuto un *licéere materiale* si acquisterebbe solo quando si sia in grado di esercitarli effettivamente.

Con il che, senza volerlo, mi sono trovato in contrasto con una netta affermazione di **T. Hobbes**, *Leviatano*, cit., 175 (della cui importanza mi sono accorto solo successivamente), nella quale acutamente rilevava: «...Così di tutte le creature viventi finché sono imprigionate o trattenute con muri o catene, e dell'acqua finché è contenuta da rive o da bacini e che altrimenti si spargerebbe in uno spazi più ampio, siamo soliti dire che non hanno la libertà di muoversi nella maniera in cui si muoverebbero senza quegli impedimenti esterni. *Mentre, quando l'impedimento al movimento è*

Stato e del terzo nei confronti del quale il titolare del diritto di libertà godrebbe di una mera pretesa, statica e inattiva¹²⁵, come si è invece sostenuto, con dovizia di argomenti e di citazioni di classici, dall'amico e collega cui questo saggio è dedicato.

Ebbene, se è vero quanto si è ricordato all'inizio a proposito del fatto che i diritti individuali nascono storicamente in antitesi a precedenti situazioni di oppressione, il che era quanto mai attuale per tutti quei politici che avevano vissuto sotto il fascismo, dovrebbe essere intuitivo che ciò che interessava loro, una volta eletti alla Costituente, era non già di garantire all'individuo l'astensione dello Stato quanto di garantirgli, ancor prima, il *libero svolgimento* (e quindi anche il *non svolgimento*)¹²⁶ di tutta una serie di attività materiali e/o giuridiche¹²⁷. Questo era il valore che i Costituenti intendevano riconoscere e tutelare, e questo risulta chiaramente dai lavori preparatori¹²⁸.

Il mio vecchio amico e valoroso collega sostiene invece la tesi secondo la quale, per l'ordinamento, il comportamento attivo o inerte del titolare sarebbe irrilevante¹²⁹ e, in secondo luogo, che la situazione giuridica soggettiva di cui egli è titolare consisterebbe in una pretesa *erga omnes*, inattiva e statica¹³⁰.

nella costituzione della cosa stessa, siamo soliti dire che questa cosa manca non della libertà, ma del potere di muoversi; come quando una pietra giace in quiete o un uomo è inchiodato al suo letto da una malattia» (corsivo mio).

Nella logica del discorso di Hobbes si dovrebbe quindi ritenere che il neonato avrebbe la titolarità della libertà personale, della libertà di circolazione, della libertà di manifestazione del pensiero ecc., pur non essendo in grado di esercitare nessuno di tali diritti. Per contro, a mio avviso, egli ne diventerebbe titolare progressivamente, e cioè quando dimostri di essere in grado di esercitarli, pur essendone ovviamente condizionato dalla potestà educativa genitoriale. Sul diritto all'integrità psico-fisica del paraplegico (che è cosa diversa dalla libertà di movimento rientrando nella libertà personale) v. *infra* la nota 139).

¹²⁵ Il maggiore sostenitore della tesi è notoriamente **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 236.

¹²⁶ Anche il non esercizio costituisce, in linea di principio, una forma di esercizio del diritto di libertà, a meno che l'ordinamento costituzionale esplicitamente o implicitamente tuteli solo una delle due forme. La libertà religiosa è infatti una lustra se proclamata in uno Stato confessionale. Giustamente perciò **N. Bobbio**, voce *Libertà*, cit., 995, sottolinea che non è affatto ridondante il dire «che sono libero riguardo all'attività religiosa, per il fatto che ho scelto liberamente la religione da professare, e sono libero di professarla perché vivo in uno Stato che riconosce e garantisce la libertà religiosa».

¹²⁷ Nello stesso senso **F. Cammeo**, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 332.

¹²⁸ V. ad esempio l'intervento dell'on. De Vita nella discussione del progetto di Costituzione, là dove egli si oppone alla personificazione dello Stato e all'alienazione dell'uomo dallo Stato (seduta del 13 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. I, Camera dei deputati, Segretariato generale, Roma, 1970, 360); l'intervento del relatore on. Basso relativo alle garanzie e ai limiti in tema di libertà personale e il successivo intervento dell'on. Tupini, presidente della Prima sottocommissione, in cui si sottolinea lo sforzo «di sottrarre all'arbitrio del potere esecutivo ogni possibilità di menomare la libertà dei cittadini, preferendo così la garanzia della legge e della magistratura» (seduta del 10 aprile 1947, *ivi* 754 ss.); gli interventi degli onn. Caroleo, Di Gloria e Cappi sulla disciplina della libertà di riunione (seduta pomeridiana dell'11 aprile 1947, *ivi*, 810 s.); il dibattito sulla disciplina della libertà di associazione (seduta pomeridiana dell'11 aprile 1947, *ivi*, 812 ss.); l'animato dibattito sulla disciplina della libertà di manifestazione del pensiero, con particolare riguardo alle imprese editoriali e ai limiti della libertà di stampa (seduta antimeridiana del 14 aprile 1947, *ivi*, 848 ss.). Ma si potrebbe continuare per pagine e pagine, dato che l'interesse di tutti i Costituenti si incentrava sulle migliori modalità di tutela della libertà degli individui, non senza puntualizzare e specificare dettagliatamente le ipotesi di intervento del pubblico potere (non già prevedendo una generica astensione).

¹²⁹ **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 284. V. anche *supra* il testo corrispondente alla nota 113.

¹³⁰ **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 236.

Quanto al primo punto, proprio perché il contenuto di questi diritti è dato appunto dalla libertà¹³¹, ne segue che il titolare del diritto di libertà può ben scegliere - salvo espliciti divieti razionalmente apposti - «se», «come» e «quando» esercitarlo¹³². L'*agere licere* consiste infatti non solo nell'esercizio positivo, ma anche nel non esercizio, altrimenti si dovrebbe ammettere che il diritto di libertà non garantisca la «non costrizione» (della volontà), e cioè la libertà di non fare (di non associarsi, di non riunirsi, di non manifestare ecc.)¹³³.

Quanto al secondo punto, qualora si assuma che il contenuto dell'obbligo dello Stato e dei terzi è dato dall'astensione è difficile sfuggire alla seguente alternativa:

- o l'astensione costituisce la *doverosa conseguenza* della proclamazione del diritto, e allora questo identifica un *diritto assoluto* e il contenuto del medesimo va individuato non solo nel lecito materiale (dipingere, scrivere, narrare ecc.) ma, se del caso, anche nelle attività giuridiche eventualmente necessarie, che costituiscono pur sempre facoltà,

- oppure è un *diritto relativo* (la pretesa è la situazione soggettiva tipica dei rapporti di credito-debito)¹³⁴ e allora la conseguenza dovrebbe essere quella di ipotizzare una indefinita pluralità di rapporti giuridici tra ogni singolo individuo titolare di diritti di libertà e tutti gli altri esseri viventi (nessuno escluso)¹³⁵, i quali sarebbero tutti debitori di una «prestazione omissiva» ...pur senza saperlo¹³⁶.

Per ciò che riguarda questo secondo punto, merita comunque di essere aggiunto che in Costituzione il dovere di astensione assume un ruolo autonomo solo con riferimento a *rapporti* facenti capo a diritti diversi da quelli di libertà, nei quali l'astensione dello Stato - e non il comportamento del titolare del diritto - costituisce l'oggetto primario della garanzia costituzionale (v. ad es. i commi 1, 2 e 3 dell'art. 25, secondo i quali «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge», «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e «Nessuno può essere sottoposto a misure di

¹³¹ Lo sottolineava anche **C. Mortati**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., tomo II, Cedam, Padova, 1976, 1035 s. anche se poi l'illustre a. sottolineava che i relativi diritti si risolverebbero in pretese a contenuto negativo. Analogamente v. **F. Cammeo**, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 334.

¹³² **P. Virga**, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947, 92 ss.; **S. Fois**, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, 1138.

¹³³ **N. Bobbio**, voce *Libertà*, cit., 995.

¹³⁴ Così anche **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 269.

¹³⁵ **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 269.

¹³⁶ Orbene, che **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 271 finisca per propendere per questa seconda ipotesi anche se esplicitamente affermi di propendere per la prima è desumibile, a chiare lettere, dal suo rilievo, secondo il quale «...nei diritti di libertà, invece, il generale dovere di astensione incombe egualmente su tutti i consociati, ma in maniera immediata e diretta: vale a dire come protagonisti, o meglio antagonisti, poiché loro spetta la *qualifica di soggetti passivi del rapporto*, in *puntuale e simmetrica contrapposizione al titolare*. In breve, essi non possono considerarsi estranei alla sua struttura, ma ne sono innegabilmente partecipi dall'interno» (*corsivi miei*). Resta però assai dubbio, a mio parere, che si possa costituire un rapporto con una persona non previamente identificabile e che il contenuto di tale rapporto possa essere costituito da un generico obbligo di rispetto dei diritti costituzionali.

sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»; i commi 1 e 2 dall'art. 26, secondo i quali, rispettivamente, l'extradizione non può essere consentita ove non sia «espressamente consentita dalle convenzioni internazionali», né «può essere ammessa per reati politici» e infine i commi 3 e 4 dell'art. 27, dai quali si prevede il divieto di trattamenti penitenziari «contrari al senso di umanità» e, in linea generale, «il divieto di pena di morte»).

5.3. Si è già detto che il contenuto dei diritti di libertà si identifica nello svolgimento di attività biomeccaniche (riunirsi, muoversi, parlare ecc.) e/o giuridiche (celebrazione del matrimonio, costituzione di un'impresa commerciale ecc.) specificamente considerate dalle disposizioni costituzionali.

Conseguentemente, come si è già detto in nota, i diritti di libertà del primo tipo richiedono la sola *capacità naturale* (al cui sopravvenire potrà, volendosi, rapportare la *specifica* capacità giuridica, da tenere comunque distinta dalla soggettività giuridica che spetta a tutti)¹³⁷, laddove i diritti di libertà del secondo tipo presuppongono, per il loro esercizio, anche il possesso di capacità d'agire.

Ebbene, sulla base di queste premesse, a me è sembrato di poter distinguere, nell'ambito dei diritti della persona, le *situazioni giuridiche soggettive attive*, quali, per l'appunto, i diritti di libertà, e le *situazioni giuridiche soggettive inattive*, di cui l'individuo è titolare, pur non dovendole mai esercitare, né in un senso né nell'altro¹³⁸. Si pensi al diritto al nome, al diritto all'immagine, al diritto all'onore, al diritto all'integrità psico-fisica¹³⁹, agli *status* di cittadino, di figlio legittimo ecc. e, da ultimo, importantissimo, il diritto sui propri dati personali.

In caso di contraffazione del nome, di lesione all'onore, di arbitraria divulgazione o commercializzazione dell'immagine, è ovvia la ricorrenza dell'interesse ad agire, attuale e diretto, nel titolare del diritto, ma ciò che verrà da lui azionato è il diritto costituzionale d'azione e di difesa a tutela della situazione giuridica soggettiva violata, e non la situazione giuridica soggettiva inattiva che resterà tale - e cioè inattiva - anche in pendenza del giudizio promosso a sua tutela. Con una netta differenza, quindi, da ciò che accade con le situazioni soggettive attive, che sono tali anche quando non le si esercitano, perché il non esercizio, come si è ricordato, è parimenti garantito nel contenuto dell'*agere licére*.

La tesi opposta, secondo la quale la libertà si risolverebbe nella pretesa, e cioè in una situazione inattiva e statica¹⁴⁰, non solo - a mio parere - contraddice gli

¹³⁷ V. *supra* la nota 124.

¹³⁸ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 95 ss.

¹³⁹ V. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 96 ss., ed ivi il fondamento di tale diritto nel riconoscimento della salute «come fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32 comma 1), nella condanna di «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà» (art. 13 comma 4) e nel divieto di trattamenti inumani (art. 27 comma 3).

Dal che consegue che il paraplegico, pur essendo materialmente impedito ad esercitare la libertà personale, in quanto non ha la possibilità di muoversi, gode invece di tale diverso diritto, deducibile da un combinato disposto nel quale è coinvolto lo stesso art. 13 Cost.

¹⁴⁰ P.F. Grossi, *I diritti di libertà*, cit., 236, 284.

enunciati costituzionali in tema di libertà che si preoccupano *sempre* del *libero svolgimento* di tutta una serie di *attività* biomeccaniche o giuridiche, ma finisce per confondere i diritti di libertà con quei diversi diritti della persona, che danno effettivamente luogo a situazioni *inattive* e *statiche* quali quelle sopra elencate.

5.4. Due punti meritano infine di essere sottolineati.

Il primo è che, potendo il titolare del diritto di libertà scegliere «se», «come» e «quando» esercitarlo prospettare l'esistenza di una «libertà funzionale» è radicalmente inesatto, anzi è un vero e proprio ossimoro¹⁴¹.

Il secondo punto è che se il contenuto dei diritti di libertà consiste nell'esercizio (positivo o negativo) della libertà, non v'è differenza, per questa specifica specie di diritti tra limiti di contenuto e limiti di esercizio. Tutti i limiti di esercizio ridondano infatti in limiti di contenuto¹⁴².

Di qui la conseguenza che la c.d. garanzia del contenuto essenziale (artt. 19 comma 2 GG e 53 comma 1 Cost. sp.) è, a ben vedere, una lustra: nel senso che, anziché garantire una sfera impenetrabile dal legislatore ordinario, attribuisce ad esso un maggior potere conformativo del contenuto del singolo diritto di libertà¹⁴³.

In conclusione: i diritti di libertà identificano, sotto forma di situazioni giuridiche soggettive, i diversi «modi», tutelati dall'ordinamento, nei quali la personalità dell'individuo *deve potersi liberamente dispiegare*. In quanto «modi» nei quali la capacità naturale dell'individuo si dispiega, è di tutta evidenza che tra il soggetto e il bene garantito non esiste, né può esistere, alcun rapporto giuridico¹⁴⁴. Esercitando i diritti di libertà, l'individuo si limita infatti ad esplicare la propria personalità umana¹⁴⁵, ad affermare la sua dignità di uomo.

Di qui l'intrasferibilità, l'irrinunciabilità, l'indisponibilità e l'imprescrittibilità dei diritti di libertà, in quanto diritti della persona¹⁴⁶. E, almeno su questo, il mio vecchio amico e collega ed io siamo certamente d'accordo.

¹⁴¹ **A. Baldassarre**, voce *Libertà (problemi generali)*, cit., 15; **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionale. Parte generale*, cit., 118. Qualifica inesattamente come «libertà funzionali» quelle previste negli artt. 41, 42 e 49 Cost. **C. Esposito**, *La libertà di manifestazione*, cit., 8. Oltre tutto le libertà di iniziativa economica privata e di associarsi in partiti politici non hanno una struttura funzionale, la prima in quanto il limite dell'utilità sociale (art. 41 comma 2 Cost.) costituisce un punto di riferimento esterno della situazione giuridica soggettiva; laddove, per la seconda, la determinazione della politica nazionale (art. 49 Cost.) costituisce, più che il fine, l'oggetto dell'attività dei partiti politici nazionali.

¹⁴² V. già **A. Pace**, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, cit., 126 s.

¹⁴³ Così **A. Pace**, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 1990, 110.

¹⁴⁴ **S. Pugliatti**, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, vol. I, *Le situazioni soggettive in generale*, Giuffrè, Milano, 1964, 21 ss.

¹⁴⁵ **C.M. Bianca**, *Diritto civile*, V ed., vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, 147; **M. Mazziotti** e **G.M. Salerno**, *Manuale di diritto costituzionale*, IV ed., Cedam, Padova, 2007, 165.

¹⁴⁶ In tal senso per tutti v. **P.F. Grossi**, *I diritti di libertà*, cit., 286; **L. Ferrajoli**, *Diritti fondamentali*, cit., 15.

Nella misura in cui si faccia rientrare la libertà economica tra i diritti di libertà e quindi tra i diritti della persona, e si distingua la libertà d'impresa dai diritti relativi all'azienda (in questo senso v. **R. Nicolò**, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 177 ss., 190 e 194; **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 477), anche il diritto di libertà di iniziativa economica (e cioè la libertà d'impresa come tale) godrebbe dell'intrasferibilità, dell'irrinunciabilità, dell'indisponibilità e dell'imprescrittibilità, non però con riferimento alla vicenda dell'azienda. Ovviamente la libertà d'iniziativa economica di cui parlo è la libertà della persona, non delle «imprese mastodontiche». In questo senso ora sarei ben più prudente di qualche anno fa (*Problematica*, cit., 474).