

## CAPITOLO 2

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

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

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

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

*La flessibilità dello Statuto*

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

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

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

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

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

Queste considerazioni di carattere sostanziale rendono ragione di altri fattori, di natura tecnico-giuridica, che furono invocati a sostegno della "flessibilità" dello Statuto, quali, ad esempio, la natura "elastica" del-

le sue disposizioni, che lasciavano ampi spazi di intervento al legislatore (L. Rossi), o l'asserito affermarsi di una consuetudine radicalmente innovativa delle regole sulla produzione normativa, che avrebbe reso possibile la modifica delle norme statutarie da parte delle leggi ordinarie (non mancò chi, come il Della Porta, parlò addirittura di una "usucapione consuetudinaria", che avrebbe consentito al Parlamento l'esercizio del potere di revisione costituzionale).

## 2.2. La riserva di legge nell'esperienza statutaria

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

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

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

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

*Riserva di legge  
e Costituzione  
flessibile*

legale per l'esercizio di un potere da parte del governo-amministrazione» (L. Carlassare).

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

*L'espansione dei poteri normativi del Governo*

Oltre alla sfera dei rapporti tra legge e regolamento, fenomeni di gravi deroghe alla riserva di legge nell'esperienza statutaria furono imputabili all'utilizzazione degli atti con forza di legge da parte del Governo che, pur non essendo stati previsti dallo Statuto (e forse vietati, stante il disposto dell'art. 6) si imposero anch'essi nella prassi. Decreti legge e decreti legislativi si affermarono in Italia già nei primi anni di applicazione dello Statuto e su quelle basi ben presto si consolidarono. A questo riguardo, è opportuno fare cenno alle leggi attributive di pieni poteri al Governo in tempo di guerra, che avrebbero influenzato in misura considerevole i fenomeni di delegazione legislativa. La latitudine dei poteri che esse attribuivano al Governo, unita all'inesistenza di un controllo di costituzionalità, spiegano come essi si tradussero non solo in forme assai incisive di limitazione delle libertà costituzionali, ma anche in fonti di disciplina di materie assolutamente estranee alla regolazione dello stato di guerra: così, attraverso la legge n. 3345/1859, approvata in occasione della seconda guerra di indipendenza, furono varate dal Governo la riforma della legge elettorale, la disciplina delle opere pie, la disciplina dei conflitti di giurisdizione, la riforma dell'ordinamento giudiziario, le nuove norme sull'amministrazione sanitaria, nonché i nuovi codici penale, di procedura penale e di procedura civile.

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

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

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

La tendenza ad un sostanziale svuotamento del principio della riserva di legge, con conseguente dilatazione dei poteri normativi non solo secondari, ma anche primari del Governo doveva successivamente rafforzarsi durante il regime fascista. È noto, infatti, che con la legge n. 100/1926 si procede, in primo luogo, a disciplinare espressamente sia i decreti legislativi, che i decreti legge (questi ultimi di immediata applicazione, soggetti a successiva conversione in legge da parte delle Camere, ma entro il termine amplissimo di due anni, e i cui effetti rimanevano salvi anche in caso di mancata conversione) e, in secondo luogo, il potere regolamentare del Governo, in un'accezione particolarmente estesa, che ricomprende tra le diverse tipologie anche quella dei c.d. regolamenti indipendenti, sganciati cioè da ogni rapporto di subordinazione con la legge del Parlamento.

### *2.3. Il controllo di costituzionalità delle leggi in epoca liberale e fascista: cenni*

Come si è detto ripetutamente, il tema del controllo di legittimità costituzionale non fu affrontato nell'epoca liberale, stante la flessibilità della Carta costituzionale (conseguente ad una visione della legge ordinaria come atto sovrano per eccellenza), che non consentiva di concepire un sindacato del giudice sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge. L'unica eccezione fu ritenuta, almeno da una parte della dottrina, quella (in realtà puramente teorica) del sindacato giurisdizionale sulle leggi che presentassero vizi nel procedimento di adozione (ad esempio, leggi approvate da una sola Camera ovvero prive della sanzione regia), tali da farle ritenere praticamente come atti inesistenti.

Per quanto attiene ai decreti legge, la Corte di cassazione, prima nel 1899 e ancora successivamente negli anni 1922-1924, ritenne di poter esercitare un sindacato sui requisiti dell'urgenza e sulla loro effettiva presentazione alle Camere per la conversione, rifiutando di applicarli qualora essi mancassero, ai sensi dell'art. 5, legge n. 2248/1865, all. E (in quanto ritenuti atti amministrativi non conformi alle leggi).

Infine, per quanto attiene alle deleghe legislative, stante l'assenza di disposizioni che disciplinassero il procedimento di adozione dei decreti legislativi (che risultava del tutto confuso con quello dei regolamenti), la giurisprudenza seguì criteri sia di carattere formale (a partire dall'auto-

qualificazione), che di carattere sostanziale, per affermare la natura legislativa o regolamentare dell'atto in questione.

Successivamente, in epoca fascista, la legge n. 2693/1928, introdusse l'obbligatorietà del parere del Gran Consiglio del Fascismo per i disegni di legge in materia costituzionale, cosicché parte della dottrina ritenne che, in mancanza di tale parere, le leggi dovessero essere ritenute invalide (peraltro, di tale opinione non vi fu alcun riscontro nella prassi giurisprudenziale). Ancora, la legge n. 4/1929, in materia di violazioni delle leggi tributarie e finanziarie, prevedeva l'abrogabilità delle sue disposizioni solo in via espressa, demandando alla Corte di cassazione il giudizio sul punto (art. 23); tuttavia anche di tale istituto mancò ogni riscontro in sede giurisprudenziale.

#### 2.4. *La riserva di giurisdizione*

*La riserva di giurisdizione nel quadro statutario*

Anche la riserva di giurisdizione, strumento di garanzia delle libertà individuali, non ha nel contesto dello Statuto lo stesso rilievo che esso assumerà successivamente nella Costituzione repubblicana, nella quale tale istituto ha lo scopo di riservare, appunto, l'applicazione delle limitazioni ai diritti di libertà ad un'autorità avente i connotati di indipendenza ed imparzialità, sottraendola ai possibili abusi dell'autorità di polizia (e, in genere, dell'amministrazione).

*La scarsa indipendenza dei giudici*

In primo luogo, a differenza della riserva di legge, quella di giurisdizione non trova alcuna menzione espressa nelle disposizioni statutarie.

In secondo luogo, a ridimensionare, almeno in parte, il ruolo del potere giudiziario nella garanzia dei diritti di libertà, è proprio l'assetto delle garanzie predisposte in ordine all'esercizio della funzione giurisdizionale.

In effetti, gli artt. 68 ss. dello Statuto riconoscevano alla giurisdizione alcune garanzie, ancorché incomplete. Tra queste, si possono ricordare l'inamovibilità dei giudici, ma solo dopo tre anni di esercizio e ad eccezione dei giudici di mandamento (che sarebbero divenuti poi i pretori) (art. 69); la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario (art. 70), il principio del giudice naturale (art. 71), la pubblicità delle udienze in materia civile e dei dibattimenti in materia penale (art. 72), la piena sovranità dei giudici nell'interpretazione della legge (art. 73).

Come si vede, niente era previsto circa l'assunzione, la carriera, il trasferimento, la promozione dei magistrati, né circa l'individuazione di meccanismi di tutela della loro indipendenza dal potere politico. D'altra parte, l'attuazione dei disposti statutarî si rivelò del tutto inadeguata, cosicché la capacità di condizionamento del potere politico sull'operato dei magistrati non conobbe sostanzialmente limitazioni di sorta.

A ciò si aggiunga che le garanzie statutarie riguardavano soltanto la magistratura giudicante e non già anche quella requirente: l'ufficio del pubblico ministero rimase saldamente alle dipendenze dirette del Potere esecutivo e, come si dirà in seguito, tale dipendenza fu lo strumento attraverso il quale il potere politico poteva discrezionalmente attivare o meno la pubblica accusa e "vigilare" sull'attività dei magistrati giudicanti: l'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1865 qualificava espressamente il pubblico ministero come il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria.

Successivamente, avvalendosi dei pieni poteri concessi in occasione della seconda guerra d'indipendenza, il d.lgs. n. 3781/1859, approvò il nuovo ordinamento giudiziario che rendeva i magistrati giudicanti praticamente dipendenti dal Ministro della giustizia per quanto riguardava le promozioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari. Quanto al pubblico ministero, esso rimaneva un ufficio alle dirette dipendenze del potere esecutivo.

Questo impianto rimase sostanzialmente vigente per tutta l'epoca liberale. Le uniche limitate riforme degne di un qualche interesse furono varate nel corso dell'età giolittiana e interessarono il riconoscimento dell'inamovibilità anche ai pretori (legge n. 511/1907) e l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura (legge n. 438/1908) (con una composizione in cui minoritaria era la componente espressa direttamente dalla magistratura), con funzioni soltanto consultive, ancorché molto estese: esso, in particolare, era competente a esprimere il parere in ordine al trasferimento dei magistrati senza il loro consenso, fatta eccezione per i magistrati nominati con deliberazione del Consiglio dei Ministri, ovvero per i magistrati più alti, esposti a maggiore arbitrio politico.

L'azione disciplinare era promossa dal pubblico ministero per ordine del Ministro della giustizia. Il giudizio era affidato in primo grado ai consigli disciplinari presso le Corti d'appello (composti dal Primo presidente, dal Presidente di sezione anziano, da due consiglieri eletti dall'assemblea generale della Corte d'appello). In caso di appello, il giudizio definitivo era affidato ad una Suprema Corte disciplinare, composta da sette magistrati e da sei senatori, tutti nominati con regio decreto, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della giustizia: l'influenza del Governo anche sotto questo profilo era determinante. Più avanti, il r.d. n. 1978/1921 allargò la base rappresentativa del C.S.M. (esso si componeva infatti di dieci magistrati di Cassazione eletti da tutta la magistratura e da quattro professori ordinari nominati dalla facoltà di giurisprudenza di Roma, nonché da quattro magistrati e da due professori nominati dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro guardasigilli). Si trattò comunque di una riforma di breve durata: subito dopo l'avvento del fascismo, infatti, il nuovo ordinamento giudiziario

(che eliminava le principali novità introdotte nel periodo 1907-1908) modificò la composizione di tale organo, riducendolo a cinque membri, tutti di nomina governativa (r.d. n. 2786/1923). Lo stesso decreto eliminò il carattere giurisdizionale della Corte di disciplina e, in omaggio alle idee autoritarie del nuovo regime, vietò l'associazionismo giudiziario.

Nonostante la limitata autonomia dei giudici, come si vedrà nel paragrafo successivo, la legislazione di attuazione dei precetti statutari sui diritti fondamentali ridimensionerà il ruolo degli stessi a favore di quello della polizia, o comunque di autorità amministrative, cioè di soggetti ancora più legati (ed anzi, giuridicamente dipendenti) dal Potere esecutivo.

### 2.5. I diritti di libertà nello Statuto Albertino: quadro generale

*La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali*

Il primo dato rilevante che si ricava dallo Statuto consiste nel fatto che in esso vi è una parte, intitolata *Dei diritti e dei doveri dei cittadini* (artt. 24-32), appositamente dedicata ai diritti di libertà. L'importanza di questo dato è ovvia, perché l'idea di fondo sottesa a questa parte, di evidente derivazione francese, è quella per cui i diritti dei cittadini debbono trovare la loro codificazione, quantomeno negli aspetti essenziali, in un testo costituzionale.

L'introduzione di questo elenco di diritti nel testo costituzionale segnava dunque una rottura di grande rilievo rispetto alla forma di Stato precedente.

Anche ad una lettura superficiale, si rinvenivano negli artt. 24-32 dello Statuto tutte le caratteristiche di fondo della concezione liberale dello Stato: innanzitutto, l'affermazione del principio di uguaglianza posta, significativamente, all'inizio del titolo (art. 24: «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi»).

*L'eguaglianza davanti alle leggi*

Il principio di eguaglianza viene affermato nella sua accezione di eguaglianza di fronte alla legge, per cui i cittadini non possono essere oggetto di discipline discriminatorie da parte del legislatore. È quella che viene altrimenti definita eguaglianza in senso "meramente formale", cui corrisponde un ruolo "negativo" del legislatore (nel senso che esso non deve agire in senso discriminatorio).

Lo Statuto non contiene, invece, alcun riferimento alla tutela di un principio di uguaglianza in senso sostanziale, del resto incompatibile con i postulati fondamentali del costituzionalismo liberale ottocentesco al quale esso si ispira. Così, non stupisce che nei commenti alle norme statutarie si affermi che il principio di uguaglianza «non mira a togliere le differenze dipendenti dal diverso stato sociale od economico in cui si tro-



vano o a cui pervengono i singoli pel legittimo uso delle loro attività; e in vero gli stessi Statuti che proclamano il principio di uguaglianza, riconoscono poi la diversità delle fortune quando dichiarano che ciascuno deve contribuire ai carichi pubblici in proporzione dei suoi mezzi economici. Non mira a far violenza alla natura, la quale dota inegualmente gli uomini, e lascia che ciascuno adoperi i suoi mezzi col maggiore possibile effetto utile per lui stesso e quindi indirettamente anche per gli altri. Codesta specie d'uguaglianza sarebbe abbassamento dei forti al livello degli umili, per non potersi elevare questi all'altezza di quelli; negherebbe impossibile il progresso, che appunto è figlio dei liberi sforzi individuali verso vette sempre più eccelse, a cui pochi soltanto possono attingere. L'uguaglianza di cui noi trattiamo, concerne il punto di partenza, *la capacità giuridica*, che ciascuno deve avere né più né meno favorevole degli altri: ma non il punto d'arrivo, il risultato, che per ciascuno deve essere quale gli consentono di raggiungere le rispettive forze liberamente esercitate entro i limiti e sotto la protezione del diritto» (F. Racioppi, I. Brunelli).

Alla solenne affermazione del principio di eguaglianza segue l'elencazione dei diritti fondamentali cui lo Statuto intende assicurare protezione. La struttura formale degli artt. 24-32 è fondamentalmente la stessa: nella prima parte vi è l'affermazione del diritto, nella seconda si effettua un rinvio al legislatore perché ne determini i limiti di esercizio.

*La tecnica normativa delle disposizioni statutarie*

Tale tecnica rispondeva perfettamente ad un'impostazione di fondo che puntava a valorizzare al massimo il ruolo della legge (e quindi del Parlamento). Come si è già notato, questo aspetto costituisce un elemento di forte discontinuità rispetto alla situazione precedente, poiché sottrae all'arbitrio dei poteri pubblici la disciplina dei rapporti tra Stato e cittadini incanalandola lungo due binari precisi: da un lato, affidando alla Costituzione la fissazione di un elenco dei diritti di libertà tutelate; dall'altro, delegando alla legge la determinazione del contenuto degli stessi.

Tuttavia, tale impostazione recava insito un elemento di intima contraddizione (anche di questo si è già fatto cenno), laddove, nel quadro di uno Statuto flessibile, finiva per abbandonare all'arbitrio della maggioranza parlamentare l'effettivo grado di tutela dei diritti così solennemente proclamati. Un elemento di contraddizione tanto più evidente ove si tengano presenti le forti limitazioni all'esercizio del diritto di voto che sarebbero rimaste in vigore fino agli anni immediatamente successivi al primo conflitto mondiale. Un elemento di contraddizione, infine, che mette in luce un filo di continuità, pur nelle innegabili novità formali e sostanziali introdotte, tra il modello di tutela delle libertà adottato dallo Statuto e il regime precedente: una volta assestatisi al centro del sistema, quale classe egemone, unica legittimata a farsi carico degli interessi generali della collettività, la borghesia ottocentesca riserva a se stessa, ovvero ai suoi rappresentanti in Parlamento, il compito di dosare il tasso di libertà tollerabile, in vista del mantenimento dei nuovi equilibri

politico-istituzionali raggiunti (non a caso, una delle formulazioni più solenni dello Statuto è quella relativa all'affermazione del diritto di proprietà di cui all'art. 29).

I limiti all'esercizio dei diritti di libertà saranno dunque quelli decisi da questa classe sociale, e non più dal Sovrano, con forme tipiche (la legge) e necessità di mediazione diverse (quelle imposte dal dibattito parlamentare), rispetto al passato, ma secondo un'impostazione che relega, ancora una volta, la stragrande maggioranza dei cittadini al ruolo di meri destinatari di decisioni altrui.

Quanto al più volte evocato problema dell' *abuso del legislatore*, esso veniva affrontato dalla dottrina dell'epoca per lo più in termini per così dire "fideistici", muovendo dall'assunto per cui la legge, in quanto espressione della volontà del popolo non poteva che esser giusta. La debolezza di tale conclusione non sfuggì alla dottrina più attenta dell'epoca, la quale ebbe a notare realisticamente che l'insieme delle disposizioni statutarie relative ai diritti di libertà «non poteva rivestire che il dubbio valore d'una raccomandazione ai posteri: nelle sue vaghe e incerte formule né il Governo poteva rinvenire concetti sicuri all'azione sua verso l'individuo, né questi poteva rinvenire appoggio legale contro quello: e la futura legislazione, lungi dal trovarsi condizionata dalle prescrizioni statutarie, come pur dovrebbe se l'avere una costituzione significa possedere una legge imperativa anche sugli organi pubblici, è rimasta altrettanto libera che se gli artt. 24-32 non esistessero. Come fu notato acutamente, il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli» (F. Racioppi, I. Brunelli).

*La concezione  
statualistica dei  
diritti*

L'inquadramento delle disposizioni statutarie e della successiva evoluzione legislativa entro un modello squisitamente *statualistico*, che ha ormai abbandonato ogni suggestione *giusnaturalistica*, è chiara nella dottrina dell'epoca.

Così, a proposito del problema di quale sia la fonte dei diritti di libertà, e cioè se si tratti di una fonte "naturale" (secondo l'approccio individualistico-giusnaturalistico) ovvero una fonte "positiva", ossia la legge dello Stato, si afferma che lo Stato «da una parte [...] pone le regole delle azioni dell'individuo di fronte all'individuo, ossia dichiara i limiti a cui ciascuno nell'esplicazione delle proprie attività deve arrestarsi per non offendere le consimili ragioni degli altri; e per ciò stesso viene a determinare la sfera legittima in cui ciascuno ha facoltà di operare senza che gli altri possano restringerlo od impedirlo. Così, mediante il diritto obiettivo esso trasforma le attività di fatto in attività giuridiche, in diritti subiettivi; e per mezzo dei vari organi pubblici che nel loro complesso noi chiamiamo il Governo, fa rispettare a ciascuno i suoi limiti verso gli altri, e garantisce quindi a ciascuno i suoi limiti verso gli altri, e garantisce quindi a

ciascuno l'altrui rispetto per le sfere di diritti assegnatigli. D'altra parte lo Stato con valutazione sovrana determina quali sono e fino a qual punto si estendono e si debbono imporre gli indeclinabili interessi generali, collettivi, d'ordine pubblico, rappresentati e presidiati dal Governo: e per la tutela di questi supremi interessi, dinanzi ai quali debbono cadere necessariamente le ragioni private che vi contrastino, esso pronunzia ancora nuovi limiti alle attività naturali dei singoli. Così, per mezzo sempre del diritto obiettivo, nella sfera dei rapporti giuridici fra individui e collettività lo Stato segue l'opportuna linea divisoria e determina competenze dei vari organi del Governo verso i singoli, e diritti subiettivi di questi verso quelli. Conseguentemente per opera dello Stato ogni individuo è costituito a persona, cioè a soggetto di diritti e doveri; non solamente verso le altre persone private, ma anche verso la persona pubblica rappresentata dal Governo; – ogni persona si trova limitata, ma garantita al tempo stesso, nelle sue attività da due punti di vista, cioè verso le altre persone private e verso la persona collettiva pubblica – il diritto nazionale nel suo grande complesso armonico prefigge e determina sfere d'attività del privato verso il privato, sfere d'attività del privato verso il Governo, e sfere d'attività del Governo verso il privato» (F. Racioppi, I. Brunelli).

*Lo Stato come  
fonte e come  
misura dei diritti*

È quindi lo Stato che con il diritto oggettivo, ovvero con la legge, crea la titolarità dei diritti e dei doveri in capo ai cittadini, non solo nei confronti degli altri privati ma anche nei confronti dello Stato stesso.

Si tratta, come accennato, di una concezione strettamente statualistica che ben poco concede agli altri due approcci teorici (storicistico e individualistico) in materia di diritti di libertà. E infatti, di stampo giuridico-statalistico è anche la considerazione secondo la quale «la parola libertà implica veramente l'affermazione di una legge di tendenza, cui vogliamo che lo Stato s'ispiri nel segnare con le leggi gli indispensabili limiti delle varie attività private di fronte ai vari interessi pubblici. Ogni qualvolta cioè trattasi di determinare per ciascuna specifica attività individuale la parte consentita al singolo e quella negatagli per le esigenze del pubblico bene, lo Stato non deve concedere al Governo se non quel tanto ch'è strettamente necessario alla salvaguardia dei generali interessi» (F. Racioppi, I. Brunelli); il che significa rimettere in definitiva allo Stato la discrezionalità piena di stabilire la misura di ciò che è consentito ai singoli.

Ciò trova ulteriore conferma nella qualificazione dei diritti politici come *esercizio di potestà pubbliche*: «Qui l'individuo non si muove più nella zona della personalità sua, ed a proprio beneplacito chiede o non chiede all'autorità una prestazione ch'essa è l'obbligata a concedere, come nei diritti civili, e come in quelli di libertà opera o non opera secondo il proprio volere, con obbligo all'autorità di non costringerlo come di non impedirlo – ma, a richiesta dello Stato, diviene attivo nel campo stesso dell'azione di quest'ultimo. Qui la sua volontà e i suoi interessi

non sono più tutelati in quanto esigono dalla sua personalità, ma come elementi costitutivi e integranti dell'interesse pubblico e della volontà statale» (F. Racioppi, I. Brunelli).

Come si vede, questi diritti hanno come contenuto pur sempre la pretesa di portare l'individuo ad una determinazione libera, tuttavia non più nella sfera di attività sua ma in quella dello Stato, facendo corrispondere a tale determinazione un obbligo di quest'ultimo di rispettare, riconoscere e sopportare. Questi diritti di libertà sono in realtà *potestà*, concesse dallo Stato agli individui, di partecipare all'adempimento di determinate funzioni statali. L'esercizio dei diritti politici non è quindi visto come proveniente da un soggetto (il popolo) titolare della sovranità: la concezione statualistica postula che non è il popolo, bensì lo Stato in sé la necessaria premessa dei diritti di libertà, in quanto *non è il popolo bensì lo Stato in sé titolare della sovranità*.

È palese, in queste affermazioni, la distanza che ormai separa l'esperienza liberale dall'impostazione di derivazione francese, secondo cui l'esercizio dei diritti politici è lo strumento attraverso il quale si trasferisce la sovranità dal popolo (che ne è titolare) ai poteri statali; in realtà, lo Stato è già *Sovrano*: l'esercizio dei diritti politici non può che essere ricondotto, riduttivamente, ad una modalità di esercizio di funzioni pubbliche.

*I diritti come libertà negative*

In questo quadro, la concezione dei diritti fondamentali propria del periodo statutario non può che essere quella che li concepisce come *libertà individuali* c.d. *negative* (o *libertà dallo Stato*): tali sono, in linea di principio, quelle che si esprimono nella tutela di una sfera di autonomia privata che il singolo ha diritto di difendere da ogni invadenza esterna, innanzitutto, da ogni illegittima interferenza dei poteri pubblici.

Si tratta di una concezione che, non a caso, lascia poco spazio sia alle libertà *collettive* (come si vedrà, l'unica libertà collettiva, tutelata dallo Statuto, e assai cautamente, è quella di riunione), cioè a quelle la cui titolarità spetta al singolo ma che acquistano significato solo attraverso l'esercizio di più soggetti, sia alle libertà *positive* che postulano una concezione dell'individuo come parte della società e delle sue varie articolazioni, come soggetto partecipe della vita democratica del Paese, cui si deve garantire quindi un'effettiva partecipazione alla vita politica e sociale. Evidentemente, la tutela di questi diritti presuppone non già l'astensione dei poteri pubblici, ma, al contrario il loro positivo intervento per favorire il conseguimento di obiettivi di sviluppo della persona e dei gruppi sociali (tema, questo, del tutto estraneo alla logica dello Statuto e delle Carte costituzionali ad esso coeve).

Soltanto in seguito all'affermarsi del regime fascista e della politica liberticida che il medesimo, da subito, mostrò di voler perseguire, ci si accorse di quanto forieri di conseguenze funeste fossero gli sviluppi non solo legislativi, ma anche scientifici dei decenni successivi all'entrata in vigo-

re dello Statuto. Così alla dottrina dominante, di chiara derivazione tedesca (a cominciare da C.F. Gerber e poi a G. Jellinek e a P. Laband), orientata a ricostruire, come si è detto, i diritti di libertà come autolimitazioni del potere sovrano dello Stato, ovvero come “diritti riflessi” appunto dal diritto sovrano dello Stato, cominciano a contrapporsi voci del tutto dissonanti che ne mettono in discussione le premesse (non già lo Stato che preesiste ai diritti e che li crea e li conforma, ma lo Stato che nasce insieme ai diritti, come soggetto anch'esso limitato da questi) e suggeriscono una ben diversa configurazione dei diritti fondamentali “come diritti subiettivi pubblici”, secondo cui quella dello Stato non doveva intendersi come «una limitazione volontaria e da esso acquisita, sì bene una limitazione necessaria e congenita. Di qui l'intangibilità, di qui l'imprescrittibilità di tali diritti di libertà: finché, si intende, un vero Stato di diritto e, potremmo dire senz'altro, uno Stato sia!» (F. Ruffini). Ma ormai era troppo tardi e queste voci isolate dovevano essere sommerse da quelle più numerose pronte a sostenere l'impostazione ultrastatalista del nuovo regime.

## 2.6. *Il principio di eguaglianza*

Pur nella sua accezione di mera eguaglianza in senso formale, il principio sancito dall'art. 24 dello Statuto ha conosciuto palesi violazioni sia da parte del legislatore del periodo liberale, che, successivamente, da parte di quello fascista.

Si pensi, innanzitutto alla disciplina dei rapporti tra uomo e donna, che si presenta come ispirato, per molti versi, all'opposto principio della diseguaglianza giuridica. Ciò vale, in primo luogo, per il diritto di voto, riservato ai soli cittadini di sesso maschile. Ma vale anche per quanto disposto dal codice civile del 1865 e dal coevo codice di procedura civile, in base ai quali la donna non poteva, in linea di principio, esercitare l'ufficio di tutore, di protutore e di curatore (art. 268 c.c.), né quello di testimone negli atti di stato civile (art. 351 c.c.) e nei testamenti (art. 788 c.c.). Parimenti, la donna era esclusa dall'ufficio di arbitro nei compromessi (art. 10 c.p.c.). Limitazioni ancora più significative erano poste a carico delle donne sposate: queste non potevano assumere una cittadinanza diversa da quella del marito, anche in caso di separazione personale (art. 10, legge n. 555/1912) e perdevano la cittadinanza italiana in caso di matrimonio con uno straniero (art. 11; viceversa, la donna straniera acquistava la cittadinanza italiana a seguito del matrimonio con un cittadino: art. 10, comma 2); erano tenute a risiedere nel domicilio del marito; non potevano, senza l'autorizzazione di quest'ultimo, donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi assicurazioni, transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti (art. 134 c.c.).

1865), accettare mandati (art. 1743), esercitare attività commerciali (art. 13 cod. commercio). A queste, si debbono aggiungere le limitazioni al diritto di educare i figli e di amministrare i beni, che erano imposte alle donne che passavano a seconde nozze (artt. 237 e 239 c.c. 1865).

Tali discriminazioni subirono solo un parziale temperamento con la legge n. 1176/1919 che abolì l'istituto dell'autorizzazione maritale di cui agli artt. 134 e 1743 c.c. e 13 cod. commercio, sopprimendo, altresì, l'art. 268 c.c. (gli artt. 351 e 788 erano già stati abrogati con la legge n. 4167/1877). La stessa legge ammise la donna ad esercitare tutte le professioni ed a ricoprire tutti gli impieghi pubblici, fatta eccezione per quelli che implicassero l'esercizio di funzioni giurisdizionali o l'esercizio di diritti politici, ovvero che attenessero alla difesa militare dello Stato (art. 7; peraltro, un rd. del 24 novembre 1933 limitò drasticamente l'ammissione di personale femminile nelle pubbliche amministrazioni).

Forti disuguaglianze tra uomo e donna nel diritto di famiglia rimasero anche nel codice civile del 1942. Esso assicurava, infatti, al marito una posizione assolutamente preminente sia nei confronti dei figli (l'art. 16 stabiliva: «Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino alla maggiore età o all'emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre. Dopo la morte del padre e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre»), sia nei confronti della moglie (l'art. 144, relativo alla potestà maritale, stabiliva: «il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno fissare la sua residenza»).

Ma le violazioni del principio di eguaglianza ad opera del legislatore fascista non si fermano qui: oltre alla legislazione razziale ed a quella contro gli oppositori politici (sulle quali, si vedano, rispettivamente, i par. 2.12.1 e 2.16.1) si deve qui accennare agli aberranti provvedimenti contro i celibi, varati al fine di assecondare la politica di incremento demografico e di «difesa della razza», che fu uno dei capisaldi del regime (si veda anche il Titolo X del Libro II del codice penale del 1930 relativo ai «delitti contro l'integrità della stirpe», ed in particolare l'art. 553, che puniva la propaganda dei mezzi anticoncezionali). Tali provvedimenti culminarono nella previsione di una imposta speciale sui celibi di età compresa tra i 25 ed i 65 anni «pel solo fatto del loro stato» (art. 1, r.d. n. 2132/1926).

## *2.7. La libertà personale nell'esperienza liberale*

Il catalogo dei diritti fondamentali garantiti dallo Statuto si apre con la libertà individuale. L'art. 26 prevedeva: «La libertà individuale è garantita. Nessuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme che essa prescrive».