

IV
LA VARIEGATA STRUTTURA
DEI DIRITTI COSTITUZIONALI *

ALESSANDRO PACE **

1. DA GERBER A LABAND

Carl Friedrich von Gerber scrive il saggio «*Sui diritti pubblici*» nel 1852 ¹, quando in Prussia era in vigore da quasi due anni una costituzione scritta (il «*Verfassungsurkunde*» del 1850) modificabile solo con una speciale procedura e quindi indiscutibilmente «rigida» ². Nel titolo II di quella Costituzione trovavano riconoscimento i «diritti dei Prussiani», tra i quali l'eguaglianza dinanzi alla legge, la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, il diritto al giudice precostituito per legge, la proprietà privata, le libertà di espatrio, di religione, di scienza, di insegnamento, di riunione e di associazione. Ciò nonostante, e pur in un'ottica non ancora pienamente giuspositivistica ³, Gerber sottolinea che «il significato genera-

* Questo saggio – che costituisce la rielaborazione di una lezione tenuta al Seminario di studi parlamentari il 14 maggio 1997 – apparirà anche negli «Studi in onore di Giuseppe Abamonte».

** Professore di Diritto costituzionale nell'Università «La Sapienza» di Roma.

¹ *Sui diritti pubblici* («*Über öffentliche Rechte*», 1852), in C.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it., P.L. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1971.

² La flessibilità di quella Costituzione è stata prospettata da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (*Verfassungslehre*, 1928), trad. it., Ant. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, 94. In senso contrario v. invece il mio *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996, 7 ss., spec. 9, nota 7, ora ripubblicato in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997.

³ «... lo Stato non assorbe affatto l'intera vita sociale degli uomini, sfiorandola solo da un lato; una gran parte di questa vita resta fuori dall'orbita statale ...»: così in *Diritto pubblico*, cit., 65.

le di quei così detti diritti del cittadino (libertà politiche) può trovarsi solo in qualcosa di negativo, e cioè nel fatto che lo Stato, nel suo dominio ed assoggettamento dell'individuo, si mantiene entro i suoi limiti naturali, lasciando libera, fuori della sua cerchia ed influenza, quella parte della persona umana la quale non può assoggettarsi all'azione coercitiva della volontà generale secondo le idee della vita popolare germanica»⁴. Ed aggiunge: «Questi diritti rimangono sempre soltanto negazioni, restringendo il Potere statale nei limiti delle sue facoltà; essi vanno considerati solo come i limiti dei diritti del monarca del punto di vista dei sudditi»⁵. Le stesse rappresentanze parlamentari, per Gerber, «non hanno nessuna volontà di diritto pubblico, che agisca immediatamente nel senso di sottomettere e governare il popolo. Quel volere presuppone piuttosto il diritto esclusivo di dominazione del monarca; il diritto del parlamento è, in una vera monarchia (e la Gran Bretagna non può valere come tale), non già il diritto del "Governo parlamentare", bensì il diritto di limitazione del monarca nell'esercizio dei suoi diritti di sovranità»⁶. Conseguentemente, non esistono, per Gerber, nel momento nel quale scrive, veri diritti pubblici soggettivi. «Solo quel diritto pubblico, che può essere concepito come un diritto privato e quindi può essere determinato in tutti i lati, secondo il suo valore durevole, sarà considerato dall'individuo, cui esso spetta, come un bene sicuro. Egli lo considererà come un allargamento effettivo della sua sfera giuridica, e rivolgerà ad esso interesse uguale a quello che richiedono i diritti privati patrimoniali, specialmente nei casi in cui esso è protetto dalla stessa difesa giuridica di quelli. I diritti pubblici campati in aria come tanti principi astratti, senza una sede determinata nella sfera giuridica dell'individuo, e che autorizzano all'agire solo ogni tanto, saranno considerati dall'individuo sempre come qualcosa di non immediatamente legato alla sua personalità»⁷.

Ovviamente, in Prussia non tutti la pensavano così. Ad esempio un giurista liberale come Robert von Mohl sosteneva essere «inconcepibile» che si potesse mettere in dubbio «la relazione giuridica tra le nuove leggi costituzionali e le leggi ordinarie, e che si possa negare la natura superiore delle prime, quando l'insegnamento della storia e le enunciazioni dei testi sono tanto evidenti. Tuttavia, la sofistica reazionaria nega validità a questo principio, e questo è stato, in partico-

⁴ *Diritto pubblico*, cit., 67.

⁵ *Diritto pubblico*, cit., 67.

⁶ *Diritto pubblico*, cit., 71.

⁷ *Diritto pubblico*, cit., 78. Importante, per l'esatta comprensione del pensiero di Gerber, è la lettura del secondo capitolo del saggio *Sui diritti pubblici*, che si chiude, per l'appunto, con l'affermazione che «In ogni caso si deve chiarire ancora una volta apertamente che in nessun modo le intenzioni dell'autore sono dirette a proporre e ad appoggiare un sistema politico ...».

lare, lo scopo perseguito da H. Bischof (...), il quale ritiene che stabilire una differenza netta tra legge costituzionale e legge ordinaria vada contro il principio monarchico»⁸. Ma von Mohl rappresenta l'eccezione, non la regola. E che ciò sia vero è chiaramente percepibile nella lettura delle due famose conferenze di Friedrich Lassalle, del 1862, nelle quali si parla della Costituzione prussiana come di un «pezzo di carta», e si sostiene che la Costituzione effettivamente vigente andrebbe individuata nei fattori di potere imperanti nella realtà sociale⁹. E si leggano, a tal proposito, anche le pagine dello «*Staatsrecht*» di Paul Laband, nelle quali – ancora nell'edizione del 1911 – si ripete che «Non esiste nello Stato alcuna volontà superiore a quella 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 altra legge, costituisce un atto di volontà dello Stato e, conseguentemente, è variabile a seconda della volontà dello Stato»¹⁰. Del resto, l'Imperatore Guglielmo II, in un discorso tenuto a Königsberg il 25 agosto 1910, non aveva avuto incertezze nel riaffermare, in pieno XX secolo, che la corona gli era stata concessa soltanto dalla Grazia divina, e non dai parlamenti, dalle assemblee e dalla volontà popolare¹¹.

2. IL «SISTEMA» DI GEORG JELLINEK

Il «*Sistema dei diritti pubblici subiettivi*» di Georg Jellinek¹² segna perciò una svolta epocale. Pur storicamente giustificando le restrittive conclusioni di Gerber,

⁸ R. VON MOHL, *Über die Rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1860, 83, nota 1. V. la più ampia citazione nel mio *La causa*, cit., 66 s.

⁹ F. LASSALLE, *Delle Costituzioni (Was Nun? Zweiter Vortrag über Verfassungswesen)*, 1862), trad. it., A. Rovini, Morgini, Roma, 1902, 21. Tuttavia, a me sembra, diversamente da molti illustri studiosi, che Lassalle non intendesse proporre, come teoria scientifica del concetto di costituzione, una sorta di costituzione materiale alla Mortati, ma intendesse criticare politicamente la situazione costituzionale prussiana dell'epoca. Sul punto v. gli ulteriori svolgimenti in *La causa*, cit., 80, nota 175.

¹⁰ P. LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, vol. II, Giard & Briere, Paris, 1901, 314 ss.; ID., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*⁵, vol. II, Mohr, Tübingen, 39 s.

¹¹ L'intero passo è riportato in F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazional-socialismo (Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism)*, 1942), Feltrinelli, Milano, 1977, 31.

¹² G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi (System der subjektiven öffentlichen Rechte)*, 1892 I ed., 1905 II ed.), trad. it., della II ed. G. Vitagliano, SEL, Milano, 1912.

perché «difettava in quel tempo una efficace difesa del diritto pubblico mediante una sviluppata giurisdizione dei Tribunali amministrativi»¹³, Jellinek qualifica come «falsa» l'opinione secondo la quale «il diritto subiettivo non sia in sostanza che un miraggio, che dove si crede scorgere diritto subiettivo, esista soltanto diritto obbiettivo, che quello che si designa come diritto subiettivo non sia altro che il riflesso del diritto obbiettivo»¹⁴. Ed infatti, per Jellinek, l'esistenza «di diritti pubblici subiettivi formali, i quali non costituiscano semplici diritti riflessi, si giustifica da un punto di vista generale col considerare che non tutte le norme giuridiche (...) sono emanate esclusivamente nell'interesse generale. Vi è un gran numero di norme giuridiche, le quali hanno lo scopo precipuo di servire ad interessi individuali»¹⁵.

Il punto di partenza di Jellinek è perciò diverso da quello di Gerber: «La sovranità dello Stato [moderno] è una sovranità sopra uomini liberi, cioè sopra persone. Col riconoscere la personalità dell'individuo, lo Stato limita se stesso»¹⁶. «Per il fatto di appartenere allo Stato, di essere membro di esso, l'individuo è qualificato sotto diversi aspetti. I possibili rapporti nei quali esso può trovarsi con lo Stato lo mettono in una serie di condizioni giuridicamente rilevanti»¹⁷. L'individuo si trova dunque in una pluralità di rapporti di *status*: in primo luogo lo *status passivo* (e cioè lo *status subiectionis*) nel quale è esclusa l'autodeterminazione, e quindi la stessa personalità dell'individuo¹⁸; in secondo luogo la sfera della libertà individuale (*status negativo, status libertatis*) nella quale gli scopi strettamente individuali sono adempiuti mediante la libera attività dell'individuo; in terzo luogo, la facoltà di giovare delle istituzioni statali per ottenere prestazioni statali nell'interesse individuale (*status positivo, status civitatis*); infine lo *status attivo* (*status activae civitatis*), nel quale lo Stato riconosce all'individuo la capacità di agire per conto dello Stato medesimo: da questo *status* conseguirebbero i così detti diritti politici, nel loro stretto significato¹⁹.

¹³ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 5; v. anche 113: «Solamente in seguito alla istituzione del tribunale federale svizzero, del tribunale dell'Impero austriaco, dei tribunali amministrativi nei vari Stati tedeschi ed in Austria, l'interesse individuale, che si celava nelle formule dei diritti fondamentali, è stato espressamente riconosciuto e protetto».

¹⁴ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 77.

¹⁵ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 88 s.

¹⁶ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 95.

¹⁷ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 96.

¹⁸ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 96 s. Anche questo *status* è però limitato dalla legge (*op. cit.*, 115): una costrizione imposta non in base alla legge o una limitazione della capacità giuridica priva di base legale, costituiscono a loro volta atti illegali contro i quali è possibile reagire in forza dello *status positivus* (*status civitatis*) (*op. cit.*, 117).

¹⁹ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 97 s.

In conclusione: «In questi quattro *status*, quello passivo, quello negativo, quello positivo, quello attivo, si compendiano le condizioni nelle quali può trovarsi l'individuo nello Stato come membro di esso. Prestazioni allo Stato, libertà dallo Stato, pretese verso lo Stato, prestazioni per conto dello Stato sono i punti di vista dai quali può essere considerata la situazione di diritto pubblico dell'individuo. Questi quattro *status* formano una linea ascendente, in quanto che prima l'individuo, per il fatto che è tenuto a prestare obbedienza allo Stato, appare privo di personalità, poscia è a lui riconosciuta una sfera indipendente, libera dallo Stato, indi lo Stato stesso si obbliga a prestazioni verso l'individuo, fino a che in ultimo la volontà individuale è chiamata a partecipare all'esercizio del potere statale o magari viene riconosciuta come investita (*Träger*) dell'*imperium* dello Stato»²⁰.

3. LA MATRICE LIBERALE, MA «STATOCENTRICA», DALLA TEORIA DI JELLINEK

Questa complessa ricostruzione, come si è già detto prima, segna una svolta epocale, e non solo nella scienza giuridica tedesca²¹. Ad esempio, nella dottrina italiana, per il tramite della risistemazione critica di Santi Romano²², essa si manterrà viva fino ai giorni nostri²³. Nella dottrina tedesca, e non solo in essa, c'è ancora chi, autorevolmente, a tale teoria tuttora si richiama²⁴. È pertanto opportuno spendere su di essa qualche parola ancora.

Se Gerber, volendo fondare i diritti pubblici (non già sul diritto naturale, ma) sull'ordinamento positivo, finiva, con un realismo finanche eccessivo, addirittura per negarli in radice, Jellinek va oltre l'affermazione, ancora assai diffusa al suo tempo, secondo la quale «lo Stato, fonte esso stesso dell'ordine giuridico, non

²⁰ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 98.

²¹ G. DE RUGGERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Laterza, Bari, 1959, 274; A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989, 7.

²² SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, SEL, Milano, 1900, 111 ss. Su di essa v. però le osservazioni critiche riportate nel mio *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*², Cedam, Padova, 1990, 30 ss.

²³ V. ad. es. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*¹⁵, Jovene, Napoli, 1989, 839 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*⁶, a cura di M. RAVERAIRA e C. ROMANELLI GRIMALDI, Utet, Torino, 1985, 374 ss.

²⁴ V. ad. esempio C. STARCK, *I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica federale di Germania*, in *Giur. cost.*, 1992, 2536 ss.; P. BIGLINO CAMPOS, *De que hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales*, in *Rev. estudios pol.*, n. 97, 1997, 86.

può considerarsi a questo sottoposto»²⁵, e prospetta invece che, proprio perché lo Stato va considerato come una persona unica²⁶, e pertanto può far valere propri diritti sui singoli suoi sudditi, è comprovata l'esistenza di un rapporto giuridico tra Stato e sudditi; conseguentemente, sono altresì ammissibili anche eventuali reciproci diritti dei sudditi nei confronti dello Stato²⁷.

Tuttavia, ancorché la costruzione di Jellinek abbia una matrice liberale²⁸, essa è chiaramente statocentrica. Per Jellinek non solo è concettualmente ammissibile uno *status subiectionis* nell'ambito del quale la stessa personalità giuridica dell'individuo può, in base alla legge, essere ristretta o negata, ma gli stessi diritti di libertà altro non sono che conseguenze di un'autolimitazione statale. È bensì vero che Jellinek dà conto dell'esistenza delle costituzioni scritte e dei limiti che da queste possono derivare al legislatore. Tuttavia, a parte la considerazione che gli unici veri limiti costituzionali sarebbero, per Jellinek, quelli consistenti in un divieto²⁹, egli si affretta a sottolineare, a proposito di quest'ultimo, che «esso non rappresenta nulla di assoluto», e «che le disposizioni legislative, le quali vi contraddicono, possono essere dichiarate prive di efficacia soltanto dove esistono giurisdizioni competenti ad esaminare se le leggi sono conformi alla Costituzione, e che, ove tali giurisdizioni difettano, anche le leggi, le quali contraddicono le norme costituzionali, possiedono pieno valore legale nella forma e nella sostanza»³⁰. E non

²⁵ V.E. ORLANDO, *Introduzione*, a G. JELLINEK, *Sistema*, cit., X.

²⁶ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 36 ed ivi il richiamo a T. HOBBS, *De cive*, V, § 9: «Un'unione così fatta si chiama Stato, ossia società civile, e anche persona civile, poiché, essendo la volontà di tutti ridotta ad una sola, essa si può considerare come una persona unica; distinguibile e riconoscibile con un unico nome da tutti i singoli uomini; avente i suoi diritti e i suoi beni. Ne segue che alcuni cittadini, o tutti insieme, all'infuori di quello la cui volontà è da ritenersi la volontà di tutti, non possono rappresentare lo Stato. // Volendo dunque dare una definizione dello Stato, dobbiamo dire che esso è un'unica persona, la cui volontà, in virtù dei patti contratti reciprocamente da molti individui, si deve ritenere la volontà di tutti questi individui; onde può servirsi delle forze e degli averi dei singoli per la pace e per la comune difesa» (v. T. HOBBS, *Opere politiche*, a cura di N. BOBBIO, vol. I, Utet, Torino, 1959, 150).

²⁷ V. ancora V.E. ORLANDO, *Introduzione*, cit., X.

²⁸ «La sovranità dello Stato è un potere obiettivamente limitato, che si esercita nell'interesse generale. Esso è una potestà esercitata sopra persone, che non sono in tutto e per tutto subordinate, cioè a dire sopra uomini liberi»: G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 97.

²⁹ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 106.

³⁰ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 107 s. Ma v. l'esatta opinione contraria di A. HAMILTON, nel saggio n. 78 delle *Federalist Papers* (1787-88), secondo il quale è sufficiente la contestuale esistenza di una costituzione scritta che si ponga come superiore (oggi noi diremmo: una costituzione rigida) e di un potere giudiziario indipendente perché, in presenza di tali premesse, il sindacato giurisdizionale di costituzionalità divenga, di per ciò stesso, ammissibile.

è un caso che quando Jellinek scrive il «Sistema», è tuttora in vigore la «Reichsverfassung» bismarckiana (1871) la quale, pur essendo formalmente rigida, si limita a disciplinare la forma di Stato e di Governo, senza pertanto prevedere diritti dei cittadini³¹.

Al centro del «Sistema» di Jellinek c'è, quindi, lo Stato legislatore (non la Costituzione); e gli *status*, pur potendosi risolvere in pretese giustiziabili (*Ansprüche*), non possono essere fatti valere nei confronti del legislatore. Anzi, lo *status* negativo (lo *status libertatis*) «acquista il suo carattere giuridico in forza dello *status* positivo, e delle azioni che da questo derivano»³². Di qui la duplice conseguenza (statocentrica) derivante, in ordine ai diritti di libertà, dalla teoria di Jellinek: in primo luogo, ciò che è giuridicamente rilevante, per tali diritti, è solo l'astensione statale, non le facoltà individuali nelle quali essi si realizzano (esiste la libertà, non esistono i diritti di libertà)³³; in secondo luogo, il *licere* (caratteristico dello *status libertatis*) non costituisce uno *status* autonomo, ma «ha come presupposto un *posse*»: in altre parole lo Stato riconoscerà e tutelerà le manifestazioni di questa libertà entro i confini di ciò che è giudizialmente realizzabile³⁴.

Un'ultima notazione. 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

³¹ Per G. ANSCHUTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*¹⁴, Stilke, Berlin, 1933, 507, ciò si giustificava perché il problema fondamentale del momento era, innanzi tutto, quello dell'unità della grande nazione tedesca.

³² G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 117. Anche il pensiero di C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 220, sembrerebbe influenzato da questa impostazione, allorché egli sostiene che «Questi diritti fondamentali non sono quindi nella loro sostanza beni giuridici, ma sfere di libertà, da cui derivano diritti e precisamente diritti di difesa» (corsivo mio).

³³ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 115. In senso critico v. già G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, in *Rass. dir. pubbl.* 1953, 303 ss.

³⁴ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 55. V., sul punto, la esatta critica di A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, cit., 6, secondo cui, così opinando, il diritto soggettivo pubblico «finisce per coincidere senza alcun residuo con l'azione». Per un'analoga critica alle opinioni di C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1957, 286 ss., 290 s.; ID., voce *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 93; e di F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 754 (identiche, nella sostanza, alla tesi di G. Jellinek), v. già il mio *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 103 ss., nel quale rilevavo appunto la contraddittorietà della tesi (sostenuta da entrambi quegli studiosi) che individua un interesse giuridicamente protetto in via immediata (e cioè il diritto soggettivo) non già nel diritto di libertà (*ágere licere*), ma nella potestà di reagire giudizialmente (*jubere posse*) alle violazioni del diritto di libertà.

dello Stato assoluto³⁵. Ma, paradossalmente, è proprio la matrice individualista delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, del 1793 e del 1795³⁶ e, soprattutto, della prima³⁷ – la quale rende possibile, all'individuo di contrapporsi, *uti singulus*³⁸, 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'origine³⁹ e si presenterà, con Jellinek, come modello «statalista»⁴⁰.

Giustificata, giuridicamente, la possibilità dell'individuo di affermare i propri

³⁵ E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 792.

³⁶ In questo senso, polemicamente, v. L. DUGUIT, *Manual de droit constitutionnel*, Fontemosing, Paris, 1918, 3 ss., 214 ss., spec. 217 ss. È tuttavia da dubitare che la dichiarazione del 1793 (peraltro mai entrata in vigore) fosse davvero «individualistica» (v. ad es. gli artt. 21 e 22). Tuttavia Duguit partiva, com'è noto, da una concezione fortemente solidaristica del diritto che lo portava, talvolta, ad esagerare le posizioni non collimanti con le sue. Le critiche più violente all'individualismo che caratterizzerebbe tutte le dichiarazioni dell'uomo sono però, com'è noto, quelle di K. MARX, *Il problema ebraico* (1843), in ID., *Scritti politici giovanili*, a cura di L. FIRPO, Einaudi, Torino, 1975, 375 ss. (v. la nota successiva).

³⁷ Così, tra i molti, N. BOBBIO, *La rivoluzione francese e i diritti dell'uomo* (1988) in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, 97 ed ivi la difesa della dichiarazione del 1789 dalle accuse di Marx (v. la nota precedente) secondo le quali «i *droits de l'homme*, in quanto distinti dai *droits du citoyen*, non sono altro che i diritti del membro della società borghese, ossia dell'uomo egoista, dell'uomo separato dall'uomo e dalla comunità».

³⁸ Non si dimentichi che, proprio per ciò, la libertà di associazione non era ricompresa in quelle dichiarazioni: le associazioni essendo considerate con sospetto dai filosofi politici del XVIII secolo (J.J. ROUSSEAU, *Contrat social*, libro II, cap. III; J.E. SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers Etat?*, cap. VI).

³⁹ ... nel quale, però, tali premesse giusnaturalistiche saranno successivamente e, del pari, abbandonate in favore della tesi dell'autolimitazione statale, da alcuni noti studiosi: R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tomo I, Sirey, Paris, 1921, 231 ss., spec. 239 ss.; C.A. COLLIARD, *Libertés publiques*⁷, Dalloz, Paris, 1989, 23. In tale ottica le *libertés publiques* costituirebbero la positivizzazione dei diritti dell'uomo e del cittadino [v. ancora C.A. COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., 19 s.; G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali* (*Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, 1991), trad. L. Mancini, Giuffrè, Milano, 1993, 16].

⁴⁰ Per il diverso approccio (storicistico, individualistico e statalista) alla problematica delle libertà fondamentali v. le belle pagine di M. FIORAVANTI, *Appunti di storia della Costituzione moderne. Le libertà fondamentali*², Giappichelli, Torino, 1995, 17 ss.

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 società⁴¹.

Una separazione, quest'ultima, che non è affatto in contraddizione con la matrice statalista della teoria dell'autolimitazione⁴². Ed infatti, il «non» intervento dello Stato nell'economia e nel sociale deriverà da una precisa scelta politica delle classi dominanti, in conseguenza della quale lo Stato, non garantendo a sufficienza la parte socialmente o economicamente più debole, finirà per privilegiare di fatto la parte socialmente o economicamente più forte⁴³. La diversa consistenza – maggiore o minore – dei diritti dei privati che si fronteggiano in tali settori della vita sociale sarà pertanto la conseguenza di una «provvisoria» rinuncia dello Stato a far valere, in tali settori, il proprio potere.

Non diversa, nella sostanza, è la vicenda statalista dei diritti pubblici soggettivi. Proprio perché essi – per Jellinek e i suoi epigoni – si rivolgerebbero soltanto contro lo Stato e consisterebbero in libertà negative (il cui contenuto si realizzerebbe nell'astensione statale) i concreti modi di esercizio delle singole libertà venivano ad essere collocati nell'irrilevante giuridico⁴⁴.

4. LA «RISCOPERTA» DELLE COSTITUZIONI SCRITTE

Le cose cambiano, in Europa, col secondo dopoguerra, in conseguenza della «riscoperta» delle Costituzioni. Dico «riscoperta» perché il valore precettivo delle costituzioni, in Europa, si era, per così dire, smarrito dopo la metà del XIX se-

⁴¹ Con ciò non voglio affatto sostenere che la separazione della società dallo Stato costituiva un disegno esclusivamente statalista e conservatore: ed infatti tale separazione era stata auspicata anche in una logica indiscutibilmente libertaria [v. ad es. l'«incipit» di T. PAINE, *Il senso comune* (*Common Sense*, 1776) in ID., *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di T. MAGRI, Ed. riuniti, Roma, 1978, 69]. Ciò non di meno, è parimenti indiscutibile che la realizzazione di tale disegno si risolse a svantaggio dei più deboli.

⁴² A. BALDASSARRE, voce *Diritti pubblici soggettivi*, cit., 10 sottolinea, invece, come la società fosse «inglobata» (e non separata) nello Stato borghese.

⁴³ Di qui la esatta constatazione di un autentico liberale, G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, cit., 278: «È falso il concetto della libertà, che cerca la libertà non *nello* Stato ma *dallo* Stato».

⁴⁴ G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 116.

colo. La caduta di prescrittività era conseguita, infatti, da un contesto politico-culturale prevalentemente teso: ad esaltare il valore della certezza della legge ordinaria⁴⁵; a enfatizzare l'importanza dell'accordo costante tra Re e Parlamento; a sottolineare la carente normatività del testo costituzionale⁴⁶; a evocare, in luogo della costituzione scritta, una nozione di costituzione che si stemperava e diffondeva nel sentimento pubblico, nella consuetudine, nei precedenti, nella legislazione e nella storia⁴⁷. E d'altronde il XX secolo, nella sua prima parte, non aveva certo contribuito a modificare e a migliorare questo stato di cose. Da un lato, in Italia, già nel 1926, Mussolini poteva affermare, dinanzi alla Camera dei deputati, che «il fatto compiuto della rivoluzione fascista, divenuta ormai un regime», aveva «profondamente mutato la Costituzione dello Stato italiano» (e, due anni dopo, dinanzi al Senato, addirittura dirà che lo «Statuto non c'è più») ⁴⁸. Dall'altro, le drammatiche e infelici esperienze della Costituzione della Repubblica di Weimar⁴⁹ e di quella della Repubblica spagnola non erano state certamente in grado di provocare, di per sé, un'inversione della tendenza ottocentesca sfavorevole alla superiorità delle costituzioni scritte.

Se, quindi, è durante la dittatura nazifascista che viene riscoperto il valore – quotidianamente negato – della dignità umana, dei diritti e delle libertà⁵⁰, è invece con il crollo delle dittature che si può finalmente far luogo all'elaborazione di nuove costituzioni scritte, nell'ideale di una «legge superiore» dalla quale far

⁴⁵ Eloquente è la posizione, in proposito, di V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle garanzie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. BRUNIALTI (I serie), vol. V, Utet, Torino, 1890, 949 ss., il quale contestava l'ammissibilità dell'introduzione del sindacato di costituzionalità delle leggi, nell'ordinamento statutario, paventando conseguenze negative per la certezza del diritto.

⁴⁶ V., ad es., lo stesso G. JELLINEK, *Sistema*, cit., 255 s.

⁴⁷ In tal senso v. R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1985, 16; nonché, per ulteriori indicazioni sul punto, il mio *La causa della rigidità*, cit., 75.

⁴⁸ V. il mio *La causa*, cit., 16 s. note 17 e 18.

⁴⁹ ... «tradita' nei suoi presupposti e nei suoi principi essenziali principalmente dalle fosse e dalle istituzioni che avrebbero dovuto difenderla e attuarla»: così G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, 177. V. anche F. NEWMANN, *Behemoth*, cit., 27 ss.

⁵⁰ Il pensiero va a quel «senso di asfissia che gli uomini della mia generazione hanno sentita per venti anni» di cui parla P. CALAMANDREI nello splendido *Discorso ai giovani* (1955), in AA.VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. I, Vallecchi, Firenze, 1969, 121 e alla degradazione dell'uomo «ad oggetto, a mero mezzo, a grandezza fungibile», di cui parla G. DÜRIG, *Art. 1*, in *Grundgesetz – Kommentar* a cura di T. MAUNZ e G. DÜRIG, Beck, München, 1958, 15, con trasparente riferimento alla dittatura nazista e alle persecuzioni razziali.

derivare (da essa e non dallo Stato-persona) il riconoscimento dei più svariati diritti e, insieme, la legittimità dello stesso Stato⁵¹. E tale mandato sarà assolto dalla Costituzione francese (1946), dalla Costituzione italiana (1947) e dalla Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania (1949), le quali si aprono, tutte, con un riconoscimento dei diritti dell'uomo e del cittadino tale da escludere, in radice, che tali diritti derivino la loro forza giuridica da una pretesa autolimitazione dello Stato e che possano esser fatti valere solo contro di esso.

Ma che lo Stato non costituisca più il fondamento dei diritti, e che questi abbiano una portata generale (nei limiti in cui la struttura dei singoli diritti ovviamente lo consenta) porta ad ulteriori importanti conseguenze che però, incredibilmente, non sembrano ancora universalmente percepite.

Il ricorso alla figura della «pretesa», per contraddistinguere il contenuto dei diritti di libertà – e cioè di quei diritti che Jellinek faceva rientrare, indirettamente⁵², nello *status negativus* –, non è ormai più soddisfacente per molteplici ragioni. In primo luogo, se i diritti non conseguono più da una autolimitazione statale, dovrebbe essere di tutta evidenza che la ragione del riconoscimento dei diritti di libertà non sta nell'*astensione* dello Stato, ma nel favorevole apprezzamento dell'interesse individuale ad esercitare tutte quelle facoltà che costituiscono il contenuto dei vari diritti di libertà⁵³. Di qui, oltre tutto, l'improponibilità con-

⁵¹ La diffusa opinione (v. ad es. A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, 64; P. BIGLINO CAMPOS, *De que hablamos*, cit., 87) secondo la quale il fondamento della legittimità del potere statale risiederebbe nelle dichiarazioni dei diritti, può, nella sua assolutezza, essere fuorviante. Una sua acritica accettazione potrebbe infatti far conseguire da tale affermazione la illegittimità di qualsiasi potere statale che si ponga in potenziale contrasto con i diritti proclamati. Ebbene, così non è. Per vero, mentre, per i diritti sociali, è di tutta evidenza la legittimità del potere statale d'intervento (perché solo così essi si possono realizzare), per i diritti di libertà la legittimità del contrapposto potere statale deriva indirettamente da ciò che esso «deve» garantire che tali diritti non oltrepassino i limiti costituzionalmente previsti. In senso analogo v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 76. Invece, un collegamento solo superficiale potrebbe essere effettuato tra quanto testé osservato e la contrapposizione potenziale tra diritti e attività politica sostenuta da C. SCHMITT, *La dottrina*, cit., 154, nella logica «decisionista» della sua teoria costituzionale.

⁵² V. *supra* il testo corrispondente alla nota 33.

⁵³ In altre parole, gli studiosi che insistono nell'utilizzo della figura della «pretesa» per spiegare la struttura dei diritti di libertà (v. ad es. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1988, 167 ss.), evidentemente non avvertono che il riconoscimento costituzionale di puntuali diritti di libertà ha una concreta rilevanza, per l'individuo, in ragione delle facoltà che egli può conseguentemente esercitare (scrivere, pregare, dipingere, insegnare, ballare, correre, dissentire, protestare, inneggiare, riunirsi, marciare ecc.), e non, invece, per tutto ciò che lo Stato e i terzi non devono fare. A ciò va aggiunto che

cettuale della locuzione «libertà negative», se riferita ai diritti di libertà: una locuzione che continua a presupporre uno Stato «onnipotente e sovrano» e uno scenario normativo tuttora statocentrico⁵⁴.

In secondo luogo, e per la stessa ragione (e cioè a causa dell'attuale improponibilità di un'autolimitazione statale come fondamento dei diritti), dovrebbe apparire altresì evidente che la figura della «pretesa», mentre era utilizzabile – ancorché a prezzo di evidenti contraddizioni⁵⁵ – là dove si supposeva l'esistenza di un rapporto bilaterale (cittadino-Stato), nel quale si collocavano i diritti pubblici soggettivi, tale figura non è invece più utilizzabile allorché un dato diritto costituzionale sia strutturalmente un diritto assoluto, come tale valevole *erga omnes*. Ne consegue che, là dove ricorre questa ipotesi, non solo il potere statale e i diritti dei cittadini sono interdipendenti tra loro (nel senso che all'ampliamento di quello corrisponde una restrizione di questi; e viceversa), ma interdipendenti sono, tra loro, anche i diritti, i doveri e gli obblighi dei soggetti privati. Dal che, oltretutto, consegue che la «scoperta» (in via interpretativa o finanche legislativa) di un «nuovo» diritto costituzionalmente non previsto in via esplicita, rischia sempre di risolversi nella restrizione di un diritto costituzionalmente esistente avente un contenuto antitetico⁵⁶.

con lo Stato o con i terzi egli entrerà in rapporto (ai fini dell'ottenimento della reintegrazione della situazione lesa) solo nel caso che vi sia, da parte di questi, una interferenza illecita nell'esercizio di tale suo diritto. Invece, per ciò che riguarda i diritti ad un'omissione (così, ad es., il diritto, contrattualmente costituito, a che il vicino non costruisca oppure il diritto, costituzionalmente riconosciuto, a che lo Stato si astenga dal prevedere la pena di morte per reati commessi in tempo di pace) è proprio il *non facere* del debitore ciò che costituisce la ragion d'essere di tali diritti. Nel senso che, per il tramite del riconoscimento dei diritti di libertà, si tutelino i comportamenti, v. già P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947, 164 s., 173 ss.; G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, cit., 310 ss., ma con diversità di svolgimenti.

⁵⁴ In questo senso, esattamente, v. anche G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1988, 111 s.

⁵⁵ V. per tutti E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici subiettivi*, cit., 796, sulla intima contraddizione esistente tra la struttura «assoluta» di molti diritti soggettivi pubblici (che esplicano la loro efficacia *erga omnes*) e la natura assertivamente «relativa» dei diritti soggettivi pubblici (che si rivolgerebbero nei soli confronti dello Stato).

⁵⁶ Analogamente in Germania è considerata restrizione non consentita di una data libertà costituzionale fondamentale l'ampliamento di un'altra libertà costituzionale, a vantaggio di determinate persone, con contestuale pregiudizio della prima libertà. V. sul punto H.D. JARRASS E B. PIEROTH, *Grundgesetz für die BRD. Kommentar*², Beck, München, 1992, *sub* art. 1 n. 23, 37. Che la questione, concernente il se l'art. 2 Cost., allorché allude ai «diritti inviolabili dell'uomo», debba essere interpretato come fattispecie «chiusa» o «aperta», non sia né astratta, né stantia (come invece ritiene N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. LANFRANCHI, Ist. Enc. it.,

Infine, proprio perché il rapporto non verte più esclusivamente e necessariamente tra lo Stato e l'individuo, le norme costituzionali che prevedono specifici poteri pubblici in limitazione dei diritti non comprovano più che tali diritti (ad es. i diritti di libertà) si rivolgano nei soli confronti dello Stato, ma comprovano, per ciò che riguarda le limitazioni a danno di tali diritti, che esse rilevano come attribuzioni di competenza in favore dei soli pubblici poteri, con implicita esclusione di analoghi poteri a favore di soggetti privati⁵⁷.

5. LA CLASSIFICAZIONE DEI DIRITTI COSTITUZIONALI SECONDO LA LORO STRUTTURA

In questo mutato quadro storico e normativo è allora evidente che l'unica classificazione concettualmente ammissibile dei diritti costituzionali è, al giorno d'oggi, quella che prende in considerazione la struttura dei medesimi; e che sulla base della varietà strutturale di essi riesca a spiegare, quanto meno in linea tendenziale, il diverso trattamento sostanziale e processuale riservato ai singoli diritti.

Il «riconoscimento» costituzionale di un dato diritto implica infatti una sola conseguenza giuridicamente rilevante, e cioè che esso non può essere pregiudicato dal legislatore ordinario. Ad esempio, la «copertura» costituzionale di un dato diritto, di per sé, non ci dice nulla relativamente alla indisponibilità, intransmissibilità, irrinunciabilità e imprescrittibilità di esso. Tali caratteri conseguono invece dalla sua qualificazione come «diritto della persona», e non dal suo riconoscimento costituzionale (che potrebbe addirittura mancare). Del pari, la possibilità di ottenere una «maggior» o «preferenziale» tutela giurisdizionale per un dato diritto costituzionale (ad es., un provvedimento cautelare d'urgenza in Italia, il «*recurso de amparo*» in Spagna e il «*Verfassungsbeschwerde*» in Germania contro atti dei pubblici poteri)⁵⁸ deriva da ciò che esso abbia la struttura di un

Roma, 1997, 330), è dimostrato dalle prime applicazioni pratiche della l. 31 dicembre 1996 n. 675 e dalla conseguente abnorme estensione della tutela della riservatezza anche a favore di comportamenti posti in essere senza alcun riserbo.

⁵⁷ In questo senso v. già la mia voce *Libertà personale* in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 297 s. ed ora J.M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEC, Madrid, 1997, 360.

⁵⁸ Ma quest'ultimo ostacolo, sia in Spagna che in Germania, viene aggirato imputando al giudice che non ha reso giustizia al diritto costituzionale violato, la responsabilità della violazione di esso. Sul punto v. il recentissimo volume, assai documentato, di J.M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales*, cit., 138 ss.

diritto assoluto (come i diritti della persona e di proprietà)⁵⁹ oppure da ciò che esso sia un diritto relativo che implichi un *non facere* da parte dello Stato⁶⁰.

Sulla base di tali premesse, una classificazione che tenga conto delle differenze strutturali⁶¹ non potrà preliminarmente non distinguere i diritti costituzionali «assoluti» dai diritti costituzionali «relativi»⁶².

⁵⁹ È significativo che di una tutela preferenziale possa godere, in Italia, il diritto di proprietà che, ancorché tutelato costituzionalmente, ha una disciplina assai meno garantista per ciò che riguarda gli interventi restrittivi del legislatore.

⁶⁰ V. in questo senso l'art. 53 comma 2 Cost. sp. che ammette il «*recurso de amparo*» nel solo caso di violazione dell'art. 14 Cost. sp. (eguaglianza) e delle libertà e dei diritti riconosciuti nella sezione prima del capitolo secondo della medesima Cost., che sono, per l'appunto, diritti di libertà oppure diritti ad una omissione, come ad es. il diritto di ricevere «liberamente» informazioni veritiere (art. 20, comma 1°, lett. d) senza alcun impedimento di terzi (v. I. VILLAVERDE MENENDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, 43 ss.). Tra i diritti garantiti con l'*amparo* non rientrano invece né il diritto di proprietà (art. 33), né la libertà di impresa (art. 38), né i diritti sociali, quali l'assistenza sociale (art. 41), la tutela della salute (art. 43), l'accesso alla cultura (art. 44), la tutela della terza età (art. 50) (diritti sociali che, a ben guardare, la Cost. sp. tutela però solo in forma indiretta). Vi rientra, invece, per esplicita previsione, l'obiezione di coscienza (artt. 30 e 53, comma 2°); e vi rientra il diritto all'istruzione (art. 27), il quale però, come sottolineato dal *Tribunal constitucional* (sent. n. 86 del 2985), si compone di diritti strutturalmente diversi tra loro, di talché sembrerebbe sostenibile che l'*amparo* sia ammissibile solo per alcuni di essi (v. ad es. la sent. n. 260 del 1994 commentata in AA.VV., *La sentencia de amparo constitucional*, CEC, Madrid, 1996, 242 ss.). Identica conclusione vale per l'«*amparo*» ordinario, a proposito del quale v. M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995. Merita comunque di essere ricordato che, nell'ipotesi di «*amparo constitucional*», qualora l'atto impugnato sia applicativo di una legge di dubbia costituzionalità, la sezione del *Tribunal constitucional*, che esamina il ricorso, rimette la questione di legittimità costituzionale della legge al *plenum* del *Tribunal*.

Del pari la LFG non include tra i diritti per i quali è consentito il ricorso di costituzionalità (§§ 13, n. 8a, e 90, L. 12 marzo 1951 sul Trib. cost. federale) quei diritti che non siano diritti della persona o diritti ad un'omissione.

⁶¹ È evidente che i dati normativi tenuti presenti sono prevalentemente (anche se non esclusivamente) quelli offerti dalla Costituzione italiana. Per maggiori approfondimenti v. il mio *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*², Cedam, Padova, 1990, 40 ss., 43 ss. Tentativi di classificazione strutturale sono stati compiuti, nell'ambito delle *libertés publiques*, anche da parte di noti studiosi francesi (cfr. G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1972, 22 s.; C.A. COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., 24 ss.), dimostrandosi così che il vocabolo «*liberté publique*» viene utilizzato in Francia non nel senso proprio di diritto di libertà (contenutisticamente caratterizzato da *àgere licère*), ma nel senso generico di «diritto fondamentale» (così G. PECES BARBA, *Teoria*, cit., 16).

⁶² «Assoluti» e «relativi» nel senso di diritti valevoli, rispettivamente, *erga omnes* e nei soli confronti di determinati soggetti; e non già nel senso di diritti in linea di principio illimitati (assoluti) e diritti in linea di principio limitati (relativi) (così C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 219

I diritti «assoluti» ricomprendono, secondo note e tradizionali impostazioni, sia i diritti della persona che i diritti reali (proprietà e diritti reali di godimento). Ancorché diversi tra loro per i valori sottesi (rispettivamente, la disciplina dell'«essere» e dell'«avere») essi sono accomunati da ciò che, dal punto di vista strutturale, sia gli uni che gli altri non richiedono l'intervento del terzo perché sia realizzato l'interesse ad essi sotteso. Se il diritto della persona ha per contenuto l'esercizio di una libertà (*ágere licère*), si dovrà inoltre verificare se esso si realizza mediante comportamenti materiali (come le libertà personale, domiciliare, di comunicazione ecc.) oppure si realizza nel compimento anche – o esclusivamente – di attività giuridiche (come le libertà di matrimonio e di iniziativa economica privata), essendo indubbio, in questo secondo caso, un maggior potere d'intervento del legislatore nella disciplina della capacità giuridica e d'agire e nella tutela del terzo. Tra i diritti della persona, vanno poi ricordati il diritto alla vita, il diritto all'integrità psicofisica, il diritto sulla propria immagine e all'onore, il diritto al mantenimento del nome, della capacità giuridica e della cittadinanza: tutti diritti assoluti, ma che non si realizzano in un'attività, come nei diritti di libertà. Essi infatti costituiscono o presupposti essenziali o segni distintivi o attributi ineliminabili (almeno in via di principio) della persona umana o, quanto meno, del cittadino.

Nel caso, invece, dei diritti di obbligazione (e cioè dei diritti relativi, consistenti in una «*pretesa*») la classificazione dovrà distinguere a seconda che il diritto si rivolga nei confronti dello Stato⁶³, nei confronti dei privati oppure nei confronti sia dell'uno che degli altri. Parallelamente si dovrà esaminare se il contenuto del diritto consista nella pretesa ad una prestazione positiva (*facere*), ad una omissione (*non facere*) ovvero nell'esercizio di un potere (diritto potestativo). Una particolare sottospecie dei diritti ad una prestazione positiva sono poi i diritti al pari trattamento che si realizzano nella pretesa alla rimozione di un provvedimento (legislativo, amministrativo o privato) discriminatorio.

Tra i diritti ad un *facere* da parte dello Stato rientrano i diritti sociali (diritto al

ss.). Che «assoluto» non possa più significare «privo di limiti» deriva da ciò, che «la rappresentazione dell'illimitata libertà del singolo» è da tempo divenuta «una mera finzione», «con la crescente intensità del vincolo sociale del singolo» (come ammette lo stesso C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 225). Nei tempi moderni la tesi che la libertà di parola costituisca «un assoluto» (nel senso di libertà «illimitata») è stata notoriamente sostenuta dal Justice H. BLACK in alcune sue opinioni (concorrenti o dissenzienti), ma non è mai stata accolta dalla Corte suprema degli S.U. V. ad es. la *conc. op.*, in *Cox, v. Louisiana*, 379 U.S., 559 (1965) e la *diss. op.* in *Street v. New York*, 394 U.S., 576 (1969).

⁶³ Quando si parla di Stato, si allude, ovviamente, ai poteri pubblici in genere e, quindi, anche agli enti pubblici.

lavoro, alle cure mediche gratuite, all'assistenza sociale e previdenziale, al gratuito patrocinio, alla proprietà dell'abitazione mediante l'accesso al risparmio ecc.) che sono sempre diritti condizionati⁶⁴ al previo intervento legislativo e amministrativo e che, quindi, per ragioni intrinseche, godono di una tutela più debole, sia dal punto di vista legislativo, sia da quello giudiziario, rispetto alla tutela accordata ai diritti della persona e, in Italia, anche ai diritti reali. Non si può infatti dimenticare che vi sono ordinamenti liberaldemocratici (come quello tedesco) nei quali i diritti sociali, ancorché tutelati, anche assai efficacemente, non sono però riconosciuti costituzionalmente, perché si ritiene che solo il legislatore debba essere il giudice dei complessivi equilibri di bilancio⁶⁵.

Invece, i diritti alla retribuzione «proporzionata alla quantità e qualità» del lavoro e comunque sufficiente ad un'esistenza libera e dignitosa, al riposo settimanale e alle ferie annuali, ancorché si risolvano anch'essi in pretese ad un *facere*, godono di una tutela poziore perché non abbisognano della imprescindibile intermediazione legislativa (essi non sono, infatti, dei diritti «sociali») e perché, nella misura in cui garantiscono il minimo essenziale per la sopravvivenza, tendono ad essere accomunati ai diritti della persona, come dirò in conclusione.

Tra i diritti che si realizzano in un'omissione statale (e, quindi, ancora una volta, in un *non facere*) rientrano il diritto a non essere distolto dal giudice naturale, il diritto a non essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, a non essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge, a non essere estradato se non nei casi espressamente previsti dalla legge e il diritto del condannato a non subire trattamenti contrari al senso di umanità.

Un unico diritto relativo ha per contenuto l'esercizio di un potere: il diritto di sciopero, la cui struttura va individuata non solo nell'astensione dalla prestazione lavorativa, ma nella complessiva valutazione del «conflitto collettivo» il cui momento qualificante è dato dalla proclamazione dello sciopero, da cui consegue la sospensione non già del rapporto, bensì delle reciproche prestazioni (lavoro e remunerazione).

Un cenno a parte va fatto ai diritti matrimoniali e familiari e ai diritti politici, in quanto i diritti che compongono queste due categorie possono essere accomunati più per ragioni materiali che di identità strutturale.

⁶⁴ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989, 38 ss. distingue invece tra diritti sociali condizionati e incondizionati, includendo però tra questi ultimi diritti che, a ben vedere, «sociali» non sono (come taluni diritti di libertà o talune potestà familiari).

⁶⁵ V. ancora R. STARCK, *I diritti fondamentali*, cit., 2541 s.

Quanto alla prima categoria, si è già fatto riferimento al matrimonio, che è un vero e proprio diritto di libertà. Del pari è un diritto di libertà costituzionalmente garantito anche la procreazione naturale, per quanto giuridicamente disciplinabile dal legislatore. Non così, invece, la procreazione artificiale che è, bensì, un diritto della persona, ma che si fonda su una scelta legislativa e non sulla famiglia come «società naturale». Strutturalmente diversi sono sia i reciproci diritti e doveri dei coniugi, la cui consistenza va misurata sul metro dell'unità familiare (l'eguaglianza è infatti funzionale all'unità), sia i diritti e i doveri connessi alla potestà genitoriale. Questi ultimi costituiscono «uffici» di diritto privato, i quali devono essere sempre esercitati nell'interesse prevalente dei figli.

I c.d. diritti politici sono accomunabili tra loro per l'incidenza immediata e diretta che essi implicano sul funzionamento dello Stato e sull'organizzazione amministrativa. Essi ricomprendono sia pubbliche funzioni, peraltro non caratterizzate da doverosità (iniziativa legislativa, referendum), sia diritti funzionali il cui esercizio può addirittura essere imposto (diritto di voto), sia il compimento di attività libere che però obbligano il destinatario ad una loro doverosa considerazione (così il diritto di petizione), sia infine pretese la cui realizzazione può essere variamente condizionata dal legislatore nell'interesse generale, ma mai con l'attribuzione di poteri discrezionali (accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive).

Il diritto alla tutela giurisdizionale è di per sé un diritto a prestazione positiva da parte dello Stato che però, per la sua importanza, merita una trattazione autonoma, essendo la prestazione positiva statale assolutamente peculiare (lo Stato deve predisporre un sistema giudiziario efficiente, mancando il quale qualsiasi diritto verrebbe in pratica vanificato). Tale apprestamento organizzativo non deve però essere improntato a discrezionalità per ciò che riguarda la designazione del giudice «naturale» precostituito per legge (in questo senso c'è addirittura un controlimite: il dovere dello Stato di astenersi, quindi un *non facere*). Devono inoltre essere garantiti non il solo accesso alla giurisdizione, ma anche una difesa completa ed effettiva (comprensiva della possibilità di una tutela cautelare), nonché la parità delle armi tra le parti in causa.

6. LA CLASSIFICAZIONE «STRUTTURALE» TRA «PASSATO» E «PRESENTE»

Non intendo affatto sostenere che alla classificazione sommariamente illustrata nel precedente paragrafo non fosse teoricamente possibile pervenire anche prima della Costituzione del 1947: diritti assoluti e relativi, diritti personali e reali, diritti potestativi e diritti ad un omissione ecc. facevano parte, già da tempo,

del quotidiano bagaglio culturale di qualsiasi giurista. L'applicazione al diritto costituzionale di una siffatta concettualità era però, prima di allora, resa impossibile, dal punto di vista culturale ⁶⁶, dalla universale accettazione dei diritti costituzionali come diritti esclusivamente rivolti contro lo Stato. Ne è riprova la classificazione di Carl Schmitt che, ancora nel 1928, distingueva i diritti del singolo in garanzie liberal-individualistiche della sfera individuale di libertà, diritti del singolo nello Stato in quanto cittadino e diritti del singolo alle prestazioni dello Stato ⁶⁷, senza però porsi il problema dell'efficacia – diretta o indiretta – dei diritti di libertà nei confronti degli altri privati ⁶⁸.

Ciò che, dopo la seconda guerra mondiale, rende possibile la classificazione riportata nel precedente paragrafo è, sì, la constatazione che il diritto soggettivo è una categoria di teoria generale a cui mal si addice la qualifica di pubblico o privato ⁶⁹; ma questa constatazione, a sua volta, è stata resa possibile, a ben vedere, da un lato, dalla diversa configurazione dello Stato nell'ottica del moderno costituzionalismo (e cioè lo Stato «costituzionale»); dall'altro dal realistico riconoscimento che i diritti costituzionali possono essere conculcati dai privati non meno che dai pubblici poteri. Indicativo, in tal senso, è l'art. 2 Cost., che impone alla nostra Repubblica – e quindi a tutti gli enti, statali e non, che la compongono, nonché agli organi legislativi, giurisdizionali e amministrativi – di riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Una formula, quella dell'art. 2, tutt'altro che pleonastica o retorica. Ed infatti tale norma da un lato impone alla Repubblica di considerare «inviolabili» («riconosce») tutti i diritti costituzionali, quale che sia la loro natura: individualistica (come singolo) o funzionale (come membro di formazioni sociali); dall'altro impone ad essa di farli rispettare («garantisce») anche nei rapporti tra soggetti privati (ovviamente, purché tali diritti siano

⁶⁶ L'importanza del contesto culturale per l'interpretazione delle costituzioni è una costante del pensiero di P. HÄBERLE. Di tale autore v., ad es. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale (Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz)*³, 1983), a cura di P. RIDOLA, trad. it., di A. Fusillo e W. Rossi, NIS, Roma, 1993, (spec.) 182 s.; ID., *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in AA.VV., *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. LUCIANI, Laterza, Bari, 1994, 98 ss., 140 s., 160.

⁶⁷ C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 219 ss., 228. Analogamente v. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung*, cit., 513. Tuttavia Anschütz sottolineava che i «Grundrechte» tutelati dalla WRV erano bensì diritti pubblici soggettivi, ma derivati dalla personalità umana e non dalla cittadinanza tedesca.

⁶⁸ Nel senso che la proclamazione dei «Grundrechte», nella Costituzione di Weimar, costituiva un «programma giuridicamente non obbligatorio», per ciò che riguarda i rapporti sociali ed economici, v. E. DENNINGER, *Staatsrecht*, vol. I, Rohwolt, Hamburg, 1977, 142.

⁶⁹ E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici subiettivi*, cit., 797.

realisticamente predicabili, per ragioni strutturali, nei confronti dei privati)⁷⁰. Il che, oltre tutto, destituisce di fondamento la corriva distinzione tra libertà «di» e libertà «da»⁷¹, la quale sottovaluta sia l'importanza della concreta tutela (giurisdizionale e amministrativa) assicurata ai diritti individuali dallo Stato, sia il ruolo che quest'ultimo – soprattutto se democratico – deve svolgere perché siano realizzate le premesse di fatto per un più diffuso loro esercizio.

Ma i processi storici non sono mai lineari. Per cui nel mentre, da un lato, vi sono tuttora resistenze ad abbandonare del tutto l'idea che i diritti costituzionali degli individui consistano in pretese nei soli confronti dello Stato, dall'altro non si può tacere di un diverso approccio dottrinale e giurisprudenziale che, pur con varietà di intenti e di metodo, segue altri criteri classificatori dei diritti costituzionali.

Sotto il primo profilo, non si possono infatti dimenticare né la tesi tedesca dell'efficacia solo «indiretta» dei diritti costituzionali fondamentali nei rapporti di diritto privato, la quale opera bensì l'estensione nei confronti dei terzi (privati) dell'efficacia «orizzontale» dei «*Grundrechte*», ma mantenendo ferma, in linea di principio, la natura «difensiva» (e cioè di pretese all'astensione dello Stato) dei diritti di libertà⁷², né la dottrina statunitense della «*State action*» che, presuppone

⁷⁰ In altre parole, come non ha senso il pretendere da parte dei privati il soddisfacimento di un diritto sociale, così nemmeno ha senso sostenere che l'efficacia *erga omnes* dei diritti di libertà non consenta, nel caso di contrapposizione tra due libertà (ad es. la libertà di manifestazione del pensiero del giornalista e la libertà di diffusione dell'editore), un soddisfacente componimento ad opera del legislatore ordinario ovvero pattizio. Nel caso, poi, di un diritto della persona, quale la libertà d'iniziativa economica privata, non si deve confondere la indisponibilità della libertà d'iniziativa (e cioè del diritto della persona, come tale) con una asserita indisponibilità dei beni aziendali che va invece radicalmente negata, perché tale disponibilità consegue dalla disciplina della proprietà privata. Infine, deve essere avvertito che la qualifica di un diritto costituzionale come relativo (ad es. un diritto a un *facere* o a un *non facere*) mentre implica la collaborazione del debitore per la sua realizzazione, implica altresì l'astensione del terzo, senza però che si possa confondere, anche ai fini della risarcibilità del danno subito (con riferimento a quel dato diritto di credito), tra l'obbligo del debitore e i doveri del terzo.

⁷¹ V. già il mio *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Giuffrè, Milano, 1990, 311 ss.

⁷² In questo senso v. esplicitamente K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*¹⁹, Müller, Heidelberg, 1993, n. 352, 148 ss. Ulteriori indicazioni in C. STARCK, *I diritti fondamentali*, cit., 2544; in I. VON MÜNCH, *Vorbemerkungen zu den Art. 1-19*, in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di I. VON MÜNCH, vol. I, Bech, München, 1981, n. 28 ss., 35 ss.; e in H.D. JARASS E B. PIEROTH, *Grundgesetz Kommentar*, cit., *sub* art. 1, n. 22 ss., 37 ss. Per un'ampia, ancorché sintetica, trattazione del problema dell'efficacia «orizzontale» dei «*Grundrechte*» v. E. DENNINGER, *Staatsrecht*, cit., vol. I, 179 ss.; vol. II, 151 ss.

nendo la natura essenzialmente pubblicistica dei diritti proclamati nel «*Bill of Rights*», in tanto li protegge anche nei confronti dei privati, in quanto le violazioni poste in essere da questi ultimi possano in qualche modo ascriversi allo Stato⁷³.

Sotto il secondo profilo deve invece farsi riferimento alla teoria dei «valori», la quale, nella sua accezione più radicale e totalizzante, immette nel procedimento qualificatorio del giurista la considerazione di asseriti principi i quali, anche quando – nella migliore delle ipotesi – hanno un appiglio testuale in qualche disposizione costituzionale o legislativa, a fini concretamente operativi vengono utilizzati senza i limiti e le cautele invece presenti nelle disposizioni «di origine». Il fenomeno non è nuovo, come da taluni si ritiene. Si può anzi dire che fosse già ben presente ad Aristotile nei suoi termini essenziali, consistenti nella contrapposizione tra spirito e lettera, tra ottimismo «progressista» e pessimismo «garantista»⁷⁴. In questo secolo il ruolo dei valori nel diritto costituzionale è centrale nel dibattito tra i costituzionalisti dell'epoca weimariana; sempre in Germania, riappare, in epoca nazista, nella «lotta per il diritto libero» e «contro il diritto soggettivo»⁷⁵; in Italia se ne discute a proposito dei principi dello Stato fascista⁷⁶. In tempi a noi assai vicini – fine anni Sessanta – il ricorso ai valori assume le vesti dell'«uso alternativo del diritto» con l'esaltazione dell'«eguaglianza sostanziale» (utilizzata per coonestare, tra l'altro, soluzioni favorevoli al «lavoratore subordinato», al «debitore», al «locatario»)⁷⁷: essa verrà non di rado assunta da giudici e interpreti come punto di riferimento operativo per decisioni giudiziarie. Un valore confusamente emerso in epoca immediatamente successiva (an-

⁷³ Sul punto v. assai perspicuamente *The Constitution of the U.S. of America*, a cura di L.S. JAYSON e altri, U.S. Gov. Printing Office, Washington D.C., 1973, 1460 ss.; nonché, con approccio problematico, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*², Found Press, Mineola, N.Y., 1988, 1688 ss. Sulla «*State Action*» v. l'attenta analisi giurisprudenziale contenuta nella recentissima opera di J.M. BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw & Hill, Madrid, 1997, *passim*.

⁷⁴ ARISTOTILE, *Retorica*, I (A), 15, 1375 a-b, cit. in A. PACE, *La causa*, cit., 94.

⁷⁵ V. M. LA TORRE, *La «lotta contro il diritto soggettivo». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano, 1988.

⁷⁶ Utilissime indicazioni sono in S. BASILE, «*Valori superiori*». *Principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, 2201 ss.

⁷⁷ È appunto di quegli anni la teorizzazione – a livello sindacalistico – del salario come «variabile indipendente». Aniché citare le «esagerazioni» dottrinali di taluni attuali sostenitori della teoria dei valori, mi sembra perciò più convincente ricordare le analoghe esagerazioni (motivate, però, da finalità politiche diverse dalle attuali) che, in nome dei valori egualitari, venivano quotidianamente sostenute più di venticinque anni fa. V. in proposito U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 646 ss. Analoghe preoccupazioni contro l'abuso dei valori in E. DENNINGER, *Staatsrecht*, vol. II, cit., 136 s., 183 ss.

ni Settanta) sarà il c.d. diritto ad essere informato, contraddittoriamente dedotto dall'art. 21 Cost. (che inequivocabilmente afferma il principio opposto: la «libertà» di informare)⁷⁸. Oggi si parla come di un valore costituzionalmente recepito, anche grazie alla adesione alla Unione Europea, del «mercato», senza però considerare che il valore sotteso alla libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata è nettamente diverso dalla libertà di mercato⁷⁹. Del pari è contenutisticamente diversa la riservatezza indirettamente tutelata dai divieti di perquisizioni e ispezioni personali e domiciliari (artt. 13 e 14 Cost.) e dal segreto delle comunicazioni «private» (art. 15 Cost.), rispetto al pervasivo «valore della riservatezza» che arbitrariamente è stato dedotto dall'art. 15 Cost.⁸⁰ e che talune discutibili interpretazioni del c.d. Garante della «privacy» (istituito con la L. 31 dicembre 1996, n. 675) hanno esteso fino a tutelare comportamenti tutt'altro che riservati (perché «pubblici»).

Mi fermo qui. La disamina critica degli eccessi della teoria dei valori – del resto già altre volte tentata⁸¹ – mi porterebbe infatti troppo lontano dal tema. Mi limito perciò ad aggiungere solo poche parole. Se si crede, come io credo, nell'importanza che la «scrittura» della Costituzione e degli altri testi normativi riveste in un sistema che, come quello italiano, è un sistema «a diritto scritto» (art. 70 Cost.) – perché la «scrittura» è stata da noi tradizionalmente ritenuta un fattore di (tendenziale) certezza del diritto e di maggior garanzia per il soggetto più debole – non si potrà non convenire che i valori non hanno altra rilevanza per il giurista che quella che ad essi si può assegnare sulla base delle norme di diritto⁸².

⁷⁸ V. in tal senso P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, 29 ss.; N. LIPARI, *Già diritto*, in AA.VV., *Verso il diritto all'informazione*, a cura di J. JACOBELLI, Laterza, Bari, 1991, 90 ss. Ma v. le precisazioni in A. PACE, voce *Comunicazioni di massa (diritto)*, in *Enc. Sc. sociali*, vol. II, Ist. Enc. it., Roma, 1992, 182 ss. Nella giurisprudenza costituzionale l'uso improprio della locuzione «diritto all'informazione» è presente, tra l'altro, nella sentenza n. 826 del 1988. Al «diritto ad essere informato», come di un diritto desumibile dalla libertà di informare (sic!), accenna esplicitamente la sent. n. 112/1993.

⁷⁹ A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, 327 ss. nonché in AA.VV., *La Costituzione economica*, Atti del Convegno dell'A.I.C. svolto a Ferrara l'11-12 ottobre 1991, Cedam, Padova, 1997, 175 ss. Nel medesimo senso v. R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Cedam, Padova, 1994.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 81 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 731 ss. con osservazione critica di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)*. V. anche *supra* la nota 56.

⁸¹ V. ad es. *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 3 ss. e *Potere costituente*, cit., 99 ss., 131 ss.

⁸² V., da ultimo, in tal senso, S. BARTOLE, *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto co-*

Dal che consegue che il giurista non dovrebbe mai accedere a interpretazioni del testo costituzionale che, in nome di valori inespressi o di valori costituzionalmente riconosciuti *ma con dati limiti*, forzino la lettera delle disposizioni costituzionali e facciano dire alla Costituzione cose che essa non dice o che non dice in quei termini.

Ciò non di meno, l'esperienza giuridica è quella che è. Pertanto, qualora una data interpretazione, ancorché «slegata» dal testo, divenisse «diritto vivente», anche un diritto di credito o un diritto sociale, come talvolta è avvenuto⁸³, potrebbe, dal giurista, essere in prosieguo «considerato» giudizialmente come un diritto della persona, soprattutto se, presupponendosi il primato del «valore personalista» nella nostra Costituzione⁸⁴, se ne dia un'applicazione carica di significa-

stituzionale, Atti del Seminario dell'A.I.C. tenuto a Messina il 23 febbraio 1996, Cedam, Padova, 1997, 19.

⁸³ Basterà ricordare, a quest'ultimo proposito, la famosa sent. n. 63/1966 con la quale la Corte costituzionale affermò l'imprescrittibilità, in pendenza di un rapporto di lavoro subordinato non assistito da stabilità del posto, dei crediti del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. Con il che la Corte, pur negandolo espressamente, trasformò, a ben vedere, il diritto di credito del lavoratore subordinato in un peculiarissimo (temporaneo) diritto della persona (la fragilità dell'impostazione teorica sottesa alla sent. n. 63/1966 determinò i successivi e progressivi mutamenti giurisprudenziali: v. le sentt. n. 143/1969, n. 86/1971 e n. 174/1972). Il che, in prosieguo di tempo, ha però consentito ai giudici ordinari di accordare la tutela cautelare e provvisoria d'urgenza (art. 700 c.p.c.) dapprima a diritti di credito vantati da lavoratori subordinati che ne dimostrassero l'imprescindibilità a fini vitali (Pret. Roma, 10 febbraio 1977 e Pret. Milano, 18 novembre 1983, in *Lavoro* 80, 1984, 167); in seguito anche a diritti di credito di imprese altrimenti destinate al fallimento (Pret. Roma, 14 febbraio 1983, in causa Coop. ed. Il Manifesto c. Pres. Cons. Min., in *Foro it.*, 1983, I, c. 446). Nello stesso ordine di idee va anche ricordata la sentenza della stessa Corte che ha trasformato un diritto sociale – il diritto all'abitazione (art. 47 Cost.) – in un diritto della persona, accordando alla convivente *more uxorio* una tutela contrattuale che agevolmente avrebbe potuto esserle accordata per altra via (Corte cost., sent. n. 404/1988, in *Giur. cost.* 1988, 1789 ss., con osservazione critica di A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all'abitazione*).

⁸⁴ In questo senso v., tra i molti, A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali*, cit., 64 ss.; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, 9, 14 ss. In senso critico v. la mia *Problematica*, cit., 3 s. ed ivi la sottolineatura della maggiore efficacia, a fini garantistici, della tesi della centralità dei «diritti» umani, rispetto a quella della «persona umana» astrattamente considerata. È comunque interessante osservare come il concetto di «persona» sia stato, via via negli anni, caricato di significati ideologici che, all'origine, tra i giuristi, esso non aveva (cfr. G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, cit., 306) e che gli stessi Costituenti avevano rifiutato (v. ancora la mia *Problematica*, cit., 3). Né si obietti che dalla crisi delle ideologie ... trarrebbe giovamento il concetto di «persona umana», non più sottoposto a opzioni soggettive, essendo evidente la diversità concettuale che tuttora divide, al riguardo, l'uno dall'altro, un Giovanni Paolo II, un Silvio Berlusconi, un Armando Cossutta ed un Marco Pannella, e cioè un cattolico, un liberista, un marxista e un liberal-radical.

ti ideologici. Ma che una data situazione giuridica soggettiva venga «considerata» diritto della persona non significa che essa lo sia effettivamente. E l'utilità concettuale della soprariportata classificazione starebbe, allora, almeno in ciò: facendo rilevare le discrasie tra il sistema costituzionale dei diritti e la concreta esperienza giurisprudenziale, la consapevolezza di una siffatta classificazione servirebbe a sollecitare l'intervento del legislatore, perché disponga espressamente quella data equiparazione, la quale, finché fosse priva di basi giuridiche certe, resterebbe sempre discutibile e suscettibile di ripensamenti giurisprudenziali, ancorché rispondente a concrete e condivisibili esigenze sociali. Se è indubbio che le norme costituzionali (non diversamente da qualsiasi norma) sottendono una scelta di valore, non si vede, infatti, come ci si possa dimenticare l'esistenza di un indiscutibile valore costituzionale, quello della mediazione legislativa⁸⁵, esplicitato in tutta la Parte prima e addirittura essenziale e determinante per ciò che attiene al contenuto dei rapporti economico-sociali. Un «valore» – la mediazione legislativa – dal quale discende che la complessiva «posizione» del soggetto privato nel nostro ordinamento non deriva esclusivamente ed esaustivamente dalla normativa costituzionale⁸⁶.

⁸⁵ In questo senso v. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 210 s.

⁸⁶ Ed è appunto la considerazione della variegata articolazione costituzionale delle fonti abilitate a disciplinare i diversi aspetti della vita di relazione (diversi, tra di loro, non solo per ciò che attiene all'«avere», ma anche per ciò che attiene all'«essere»), ciò che rende perplessi sulla conformità a Costituzione (oltre che sulla stessa pratica operatività) della suggestiva proposta di «superare lo schema dei diritti soggettivi per ridare al riconoscimento del valore della persona il suo genuino significato di presupposto razionale di ogni dimensione giuridica, carattere qualificante di un ordinamento» (N. LIPARI, *Diritti fondamentali*, cit., 339 ss.). Del resto, una cosa è che l'ordinamento consenta eccezionalmente, in considerazione delle specifiche circostanze di fatto, una deroga alle norme generali (così in diritto penale) o l'utilizzazione di una tutela processuale altrimenti non spettante (l'ammissibilità della tutela cautelare del diritto di credito del lavoratore subordinato come se fosse un diritto della persona), altra è che la considerazione della «persona umana» divenga, in sé e per sé, il metro di risoluzione delle controversie. Sulla inconciliabilità in via di principio del metodo casistico con talune norme della vigente Costituzione, v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 118 ss.