

# Trattato di diritto costituzionale

a cura di Marco Benvenuti, Raffaele Bifulco

## I diritti e i doveri costituzionali

*Volume III*



Giappichelli

## III.1

# INTRODUZIONE AI DIRITTI E AI DOVERI COSTITUZIONALI

*Raffaele Bifulco*

SOMMARIO: III.1.1. Questioni preliminari e definitorie. – III.1.2. Gli sviluppi storici e le principali classificazioni dei diritti costituzionali. – III.1.2.1. Le generazioni e la periodizzazione dei diritti costituzionali. – III.1.2.2. La fase di avvio e l'Ottocento. – III.1.2.3. Il Novecento. – III.1.2.4. Le più recenti dimensioni dei diritti costituzionali. – III.1.2.5. La Costituzione e l'attuazione dei diritti fondamentali. – III.1.3. La libertà, i diritti di libertà e gli altri diritti costituzionali. – III.1.4. Profili relativi alla soggettività e alla titolarità dei diritti costituzionali. – III.1.4.1. La capacità giuridica, la capacità di agire e la soggettività. – III.1.4.2. La titolarità dei diritti costituzionali. – III.1.4.3. Profili problematici riguardanti le formazioni sociali. – III.1.4.4. La titolarità e la competenza. – III.1.5. Il fondamento di validità dei diritti costituzionali. – III.1.6. L'inviolabilità dei diritti costituzionali. – III.1.7. Il testo costituzionale, l'interpretazione evolutiva e il dibattito sull'art. 2 Cost. come clausola aperta. – III.1.8. Le garanzie dei diritti costituzionali. – III.1.9. I limiti dei diritti costituzionali. – III.1.10. Il bilanciamento e le sue tecniche applicative. – III.1.11. La tutela dei diritti fondamentali nella dimensione internazionale e sovranazionale. – III.1.11.1. Il diritto internazionale. – III.1.11.1.1. Il diritto internazionale generale. – III.1.11.1.2. Il diritto internazionale pattizio e convenzionale. – III.1.11.1.3. L'impatto del diritto internazionale sui diritti fondamentali. – III.1.11.2. Il diritto sovranazionale. – III.1.12. I diritti e le teorie costituzionali: un bilancio. – III.1.13. Nota bibliografica.

### III.1.1. *Questioni preliminari e definitorie*

Prima di avviare un discorso intorno ai diritti garantiti nella Costituzione, conviene intendersi, almeno in via preliminare, sul “fenomeno” cui si allude quando di essi si ragiona. La questione, ridotta all'osso, è: in cosa tali diritti si distinguono dagli altri diritti previsti dalla legislazione ordinaria? È possibile rinvenire un particolare contenuto, che li caratterizza, oppure sono tali solo perché sono previsti nella Costituzione<sup>1</sup>?

---

<sup>1</sup> Cotta, 1977, 226.

Le risposte a queste domande sono variate nel tempo. *Prima facie* i diritti costituzionali possono essere qualificati come quei diritti soggettivi che, in ragione del particolare rilievo dei beni e degli interessi tutelati, ricevono la più ampia tutela che un ordinamento giuridico possa offrire, posti come sono all'apice dell'ordinamento. Notoriamente, il tratto comune dei diritti fondamentali consiste nell'intento dei costituenti di sottrarre determinati beni e interessi – che assumono la forma di diritti – alla disponibilità della maggioranza in ragione della loro importanza<sup>2</sup>. Così considerandoli, si tengono insieme, nella delimitazione del fenomeno, sia l'aspetto sostanziale (i beni e gli interessi tutelati) sia l'aspetto formale (la posizione apicale di tali diritti).

La Costituzione italiana, all'art. 2, ragiona di diritti «inviolabili» dell'uomo, a sottolineare il carattere fondante, costitutivo che essi hanno nei riguardi dell'intero ordinamento costituzionale. Ciò spiega anche la diffusione della locuzione “diritti fondamentali”, che viene utilizzata molto spesso per indicare i diritti costituzionalmente previsti. Con essa si fa riferimento a quei diritti che «sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone, o in quanto cittadini, o in quanto capaci d'agire» (Ferrajoli, 2017, 97). Ma già nei primi anni del Novecento, in un senso diverso, un autorevole giurista italiano ragionava, a proposito delle libertà, di “diritto fondamentale”, nel senso che esso «rende possibile la creazione di tutti i diritti sopra ciò che è fuori della propria persona, e rende possibile l'esercizio degli stessi diritti civili e politici, in quanto ne è mezzo necessario» (Ranelletti, 1904, 233). La locuzione rispecchia una terminologia largamente diffusa negli altri ordinamenti occidentali (*Grundrechte* nel mondo germanico, *fundamental rights* in quello anglofono, *droits fondamentaux* in quello francofono) e che ha avuto un largo riconoscimento anche in Italia, dove i manuali giuridici che si occupano dei diritti costituzionali sono spesso intitolati “diritti fondamentali”. Agli albori della Repubblica il primo contributo monografico sul tema reca il titolo significativo *Libertà giuridica e diritti fondamentali*<sup>3</sup>. Anche la Corte costituzionale si riferisce usualmente ai diritti costituzionalmente protetti come “diritti fondamentali” (solo a titolo esemplificativo, si veda la recente sent. 150/2021). In questa introduzione, quindi, si farà riferimento indifferentemente alle locuzioni “diritti costituzionali” e “diritti fondamentali”.

In sede preliminare, conviene menzionare anche un'altra categoria ricorrente, quando si ragiona di diritti particolarmente “rinforzati”, quella di “diritti umani”. Essa è propria della sfera del diritto internazionale, ove si riconosce l'esistenza di diritti che, per la loro importanza, devono essere riconosciuti a tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro appartenenza ad uno specifico ordinamento giuridico (si pensi al divieto di tortura e di pene o trat-

---

<sup>2</sup> Alexy, 1994, 476.

<sup>3</sup> Virga, 1947, *passim*.

tamenti inumani o degradanti). Va ulteriormente osservato che l'uso del termine "diritti umani" ha spesso una caratterizzazione morale, sottintendendo il riferimento a quei diritti che spettano a tutti gli uomini, indipendentemente dal riconoscimento che ne faccia una costituzione o un legislatore. Le norme internazionali sui diritti umani possono inoltre svolgere una funzione ermeneutica nei confronti delle disposizioni costituzionali positive sui diritti fondamentali, com'è dimostrato dal ricorso che la Corte costituzionale fa ad esse nelle proprie motivazioni<sup>4</sup>. Recenti letture dei diritti umani li ritengono, infine, la fonte di resistenza alla globalizzazione economica<sup>5</sup>.

### III.1.2. *Gli sviluppi storici e le principali classificazioni dei diritti costituzionali*

#### III.1.2.1. *Le generazioni e la periodizzazione dei diritti costituzionali*

Osservati in una prospettiva storica, i diritti costituzionali sono il frutto di stratificazioni successive che attraversano tutta l'epoca moderna. Suggestivamente Bobbio ha ragionato in termini di generazioni di diritti, sviluppatesi per dare forma ad esigenze e interessi emersi progressivamente nella società nel succedersi delle fasi storiche<sup>6</sup>. L'uso di questa periodizzazione non è andato esente da critiche, motivate sia dalla mancanza di un accordo tra gli autori sulla corretta individuazione delle generazioni sia dalla controvertibile attendibilità storica<sup>7</sup>.

In questa sede, senza riprendere nel dettaglio la narrazione bobbiana, si intende richiamare l'attenzione del lettore su alcuni importanti tornanti nella formazione storica e dogmatica della teoria dei diritti costituzionali. Va anche precisato che, in alcuni casi, l'emersione di alcuni diritti ha coinciso con delle rotture o, comunque, dei tornanti storici (si pensi, con lo sguardo rivolto all'ordinamento italiano, ai diritti sociali; § III.5), mentre in altri l'affermazione di nuovi diritti non ha necessariamente comportato fratture o soluzioni di continuità (si pensi, ancora con riguardo all'ordinamento italiano, alla libertà di associazione rispetto alla libertà di riunione; § III.3.3). L'emersione dei diritti costituzionali occupa un periodo di tempo limitato nella storia del diritto, coincidente con la formazione avanzata dello Stato moderno, non apparendo, nella fase sto-

---

<sup>4</sup> Modugno, 1995, 89.

<sup>5</sup> Bin, 2018, 132 ss.

<sup>6</sup> Bobbio, 1992, VII ss.

<sup>7</sup> Pino, 2017, 190 ss.

rica precedente, il problema della libertà e delle sue forme giuridiche, perché era la libertà a non godere di un vero fondamento giuridico<sup>8</sup>. Sarà pure interessante notare come, almeno in via tendenziale, i mutamenti storici che hanno dato vita allo sviluppo dei diritti siano stati sempre seguiti da inquadramenti e sforzi teorici che, nei casi più fortunati, hanno svolto una funzione di consolidamento e di sistemazione del materiale normativo. Infine, un'avvertenza: le periodizzazioni e le classificazioni che seguono hanno un mero valore classificatorio e non fanno venir meno le forti interrelazioni che esistono tra i diritti e i doveri all'interno di un medesimo testo costituzionale.

### III.1.2.2. *La fase di avvio e l'Ottocento*

L'esame può prendere il via dall'esperienza rivoluzionaria statunitense che portò alla Costituzione del 1787, tuttora vigente. È in questa fase, precisamente con l'inserimento nel 1791 del *Bill of Rights*, che inizia a delinearsi la prima generazione dei diritti nella forma dei c.d. diritti di difesa rispetto alle ingerenze dello Stato: è stato osservato come il I emendamento contenuto nel *Bill of Rights* – riguardante il diritto alla libertà di religione, di parola, di riunione e di petizione – avrebbe fortemente contribuito a diffondere la concezione dei diritti inviolabili<sup>9</sup>. Il processo di formazione è continuato, subito dopo, tramite l'altra grande esperienza rivoluzionaria, quella francese del 1789, con la coeva celebre Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, seguita, a pochi anni di distanza, dall'Atto costituzionale francese del 1793, voluto dal movimento giacobino e contenente una nuova dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>10</sup>.

Nel periodo liberal-borghese la trama dei diritti costituzionali in Europa si arricchì ulteriormente. Le contrapposte istanze delle esigenze delle classi escluse dal potere (il proletariato) spinsero per il riconoscimento di diritti politici e di partecipazione anche in capo agli appartenenti alle classi operaie e contadine. Presero così forma quei diritti che servirono a rafforzare anche politicamente i ceti più umili, arricchendo il tessuto sociale in senso pluralistico: si pensi, per esemplificare, alla libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà di riunione, alla libertà di associazione e al diritto di voto. È da notare che alcuni diritti costituzionali – come, ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero – rientrano sia all'interno della prima tipologia che all'interno della seconda, a dimostrazione che si ha a che fare con qualificazioni dottrinali.

<sup>8</sup> Grossi, 1991, 107 ss.

<sup>9</sup> Baldassarre, 1989a, 3.

<sup>10</sup> Fioravanti, 1995, 53 ss.

La riflessione teorica, focalizzandosi su questo periodo di avvio, mise a fuoco la funzione originaria e centrale dei diritti costituzionali, vale a dire quella di offrire una tutela della sfera individuale sottratta all'ingerenza statale. Su questa loro primigenia dimensione verticale (l'individuo contro lo Stato), in funzione di difesa (i c.d. *Abwehrrechte*), si innestò una categoria dogmatica che avrebbe segnato a lungo lo sviluppo dei diritti costituzionali. Si allude alla teoria tedesca – che ha avuto molta fortuna in Italia fino alla prima metà del Novecento – dei «diritti pubblici soggettivi» (Jellinek, 1892, 46 ss.). La categoria dogmatica in parola mirava ad evidenziare la specificità del rapporto giuridico che vede contrapposti l'individuo e lo Stato in funzione di delimitazione di uno spazio di libertà dell'individuo rispetto allo Stato (una *staatsfreie Sphäre*<sup>11</sup>). In altri termini, i diritti pubblici soggettivi erano configurati con il preciso obiettivo di sottrarre attività all'onnipotenza dello Stato, comportandone così una sua autolimitazione<sup>12</sup> (§ III.1.3).

Le prescrizioni sui diritti costituzionali delle carte ottocentesche europee furono tuttavia indebolite dal carattere flessibile delle costituzioni, incapaci di resistere a modificazioni o limitazioni apportate da leggi successive. Diverso è il discorso per gli Stati Uniti d'America, dove la Corte suprema, fin dai primi anni dell'Ottocento, rinviene nella Costituzione un *higher law*, sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria della Federazione e degli Stati membri: esemplificativa è la celebre sentenza *Marbury v. Madison* del 1803<sup>13</sup>, che il lettore italiano può leggere in un'ottima traduzione<sup>14</sup>. Inoltre, l'omogeneità economica e sociale delle basi dello Stato liberale ottocentesco, frenando la spinta pluralistica, orientò fortemente l'elaborazione teorica dei diritti a tutto favore del predominio della sovranità statale e, quindi, della classe borghese dominante. Le teoriche più attente di quel periodo si esprimevano, in chiara reazione al giuridismo naturalista<sup>15</sup>, in termini di «diritti riflessi», per cui «i c.d. diritti civili generali, cioè il diritto spettante ad ogni singolo cittadino di partecipare dei vantaggi che derivano anche al popolo dall'attività del potere statale, sono il riflesso del potere statale stesso» (Gerber, 1880, 132); e poi, ancora, in termini di riconoscimento dell'individuo da parte dello Stato come autolimitazione dello Stato<sup>16</sup>. Bisognerà attendere il Novecento perché le teorie dei diritti costituzionali, sganciandosi da queste impostazioni statocentriche<sup>17</sup>, riescano a trovare un'ef-

---

<sup>11</sup> Jellinek, 1892, 95.

<sup>12</sup> Ridola, 2006, 80.

<sup>13</sup> SCUS, 5 U.S. (1 Cranch), 177, *Marbury v. Madison* (1803).

<sup>14</sup> Buttà, 1998, 27 ss.

<sup>15</sup> Romano, 1900, 114.

<sup>16</sup> Jellinek, 1892, 95; Ranelletti, 1904, 259; Jellinek, 1914, 29 ss.

<sup>17</sup> Romano, 1900, 116-117.

fettiva garanzia nel carattere rigido delle nuove costituzioni e nell'istituzione di giurisdizioni costituzionali<sup>18</sup>.

Conviene ricordare che già nel corso dell'Ottocento sono state mosse critiche alle concezioni dominanti in tema di diritti costituzionali. La più celebre può essere considerata quella legata al nome di Marx e, più ampiamente, alla concezione della libertà come liberazione<sup>19</sup>. Il filosofo tedesco ironizzò sull'astrattezza del riconoscimento dei diritti dell'uomo, basati «non sul legame dell'uomo con l'uomo, ma piuttosto sull'isolamento dell'uomo dall'uomo» (Marx, 1844, 29) e sulla sua funzionalizzazione rispetto al diritto di proprietà. È interessante notare che in un contesto molto diverso, come quello statunitense sul finire del secolo scorso, la tesi dell'astrazione sottostante al riconoscimento di diritti in via universale sarebbe stata ripresa, contro le teorie "atomistiche" liberali e libertarie dei diritti, dai c.d. comunitaristi, i quali hanno sottolineato come i diritti siano parte di pratiche costanti di autointerpretazione sociale e di negoziazione e, quindi, possano variare significativamente a seconda dei contesti culturali di riferimento<sup>20</sup>.

### III.1.2.3. *Il Novecento*

Espressione di un nuovo paradigma statale rispetto all'epoca liberal-borghese è l'emersione dei diritti sociali (§ III.5.1), consistenti nella pretesa del cittadino ad ottenere determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri (nei campi della salute, dell'istruzione, della previdenza sociale ecc.). Per quanto già *in nuce* nell'art. 21 dell'Atto costituzionale francese del 1793 e nella configurazione dello *status activus* di Jellinek<sup>21</sup>, essi presuppongono un intervento diffuso e, allo stesso tempo, mirato dello Stato nei processi sociali<sup>22</sup>. Inoltre, mentre i diritti di libertà si ricollegano a sfere di attività preesistenti rispetto al riconoscimento statale, i diritti sociali non si riallacciano ad alcunché di preesistente, presupponendo anzi attività e prestazioni dei pubblici poteri. In particolare, diritto sociale in senso oggettivo può considerarsi l'«insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali» (Mazziotti, 1964, 804). Il loro fondamento costituzionale può essere rinvenuto nel principio di eguaglianza sostanziale (§ II.8), oltre che in quello di solidarie-

<sup>18</sup> Barile, 1984, 13.

<sup>19</sup> Baldassarre, 1990, 9.

<sup>20</sup> Taylor, 1985, 82.

<sup>21</sup> Jellinek, 1892, 151 ss.

<sup>22</sup> Baldassarre, 1989b, 2-3.

tà<sup>23</sup> (§ II.6). Anche per questo si ritiene che i diritti di libertà, ma non i diritti sociali, possano affermarsi da sé<sup>24</sup>.

Questa stilizzazione serve soprattutto a differenziare concettualmente i diritti sociali all'interno della generale categoria dei diritti costituzionali e va presa con il beneficio d'inventario. Si è infatti da tempo notato, per un verso, che anche i diritti di libertà o i diritti politici presuppongono attività conformative dello Stato<sup>25</sup> e, per un altro, che anche i diritti di libertà "costano"<sup>26</sup>; basti pensare, come esempio, agli oneri che lo Stato deve affrontare per mantenere l'amministrazione chiamata ad assicurare la sicurezza pubblica.

La Costituzione italiana si caratterizza per un'intensa presenza di diritti sociali<sup>27</sup> (§ III.3.5). Dal punto di vista strutturale, essi vengono distinti in diritti sociali originari o incondizionati e diritti sociali derivati o condizionati. I primi riguardano rapporti che si attivano su iniziativa delle parti e servono a determinare il tipo o la quantità di talune prestazioni (ad esempio, il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente<sup>28</sup> e il diritto delle donne alla parità delle condizioni di lavoro<sup>29</sup>); i secondi, invece, sono quelli che presuppongono un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione delle prestazioni (ad esempio, il diritto all'istruzione<sup>30</sup>, il diritto all'assistenza sociale e il diritto alla previdenza sociale<sup>31</sup>). Questi ultimi sono condizionati alla riserva del possibile e del ragionevole nella determinazione legislativa del *quomodo* e del *quando* della loro garanzia effettiva<sup>32</sup>. Da ultimo, è stata rinvenuta in tali diritti una funzione di redistribuzione<sup>33</sup>.

La presenza dei diritti sociali condizionati ha spinto la dottrina, soprattutto nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione, a ritenere le norme che li prevedono quali enunciazioni programmatiche o ad efficacia differita<sup>34</sup>. Ciò non ha impedito alla maggioranza della dottrina

---

<sup>23</sup> Grossi, 1991, 282; Pino, 2017, 169-170.

<sup>24</sup> Böckenförde, 1981, 196; Grossi, 1991, 275-276.

<sup>25</sup> Mazziotti di Celso, 1964, 806; Lombardi, 1999, 11 ss.

<sup>26</sup> Bin, 2018, 15 ss.

<sup>27</sup> Ridola, 2006, 130.

<sup>28</sup> Art. 36, co. 1, Cost.

<sup>29</sup> Art. 37, co. 1, Cost.

<sup>30</sup> Art. 34, co. 2, Cost.

<sup>31</sup> Art. 38, co. 1 e 2, Cost.

<sup>32</sup> Modugno, 1995, 68-69.

<sup>33</sup> Benvenuti, 2012, 224.

<sup>34</sup> Grossi, 1991, 275-276.



italiana di considerarli come diritti inviolabili<sup>35</sup>, quindi giustiziabili e sottoposti al bilanciamento<sup>36</sup>.

### III.1.2.4. *Le più recenti dimensioni dei diritti costituzionali*

Accanto all'originaria dimensione verticale (§ III.1.2.2), nel corso del Novecento i diritti costituzionali hanno conosciuto un ulteriore sviluppo riguardante la capacità degli stessi di svolgere efficacia anche nei rapporti interpersonali e verso le formazioni sociali (la c.d. *Drittwirkung*, ossia la loro dimensione o efficacia orizzontale)<sup>37</sup>. In effetti, si è osservato come «la singolarità dei diritti fondamentali consiste nel fatto che, mentre si esercitano in rapporti di diritto privato, la loro violazione dà origine a un rapporto di diritto pubblico» (Virga, 1947, 194). Tale efficacia discende dalla natura assoluta dei diritti costituzionali ed è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale già da tempo<sup>38</sup>.

L'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali può essere intesa come un ulteriore sintomo del superamento dello Stato liberale, in quanto essa presuppone una finalità di riequilibrio dei rapporti interni alla società civile<sup>39</sup>; allo stesso tempo, l'efficacia orizzontale dei diritti costituzionali implica, almeno in alcuni casi, un ruolo decisivo dello Stato, chiamato ad obblighi di protezione nei confronti di beni e interessi statali<sup>40</sup>. La dottrina ha ricavato dall'art. 2 Cost., in particolare dal fatto che i diritti costituzionali vengono riconosciuti anche nell'ambito delle formazioni sociali, la garanzia degli stessi in qualsiasi rapporto interprivato<sup>41</sup>. In una recente rilettura dei diritti quella orizzontale assurge a dimensione originaria dello Stato di diritto, caratterizzato dalla sua propensione a proteggere l'individuo dalla prepotenza esercitata dagli altri individui e, quindi, ad imporre un ordine alla "società civile"<sup>42</sup>.

Nella seconda metà del Novecento si sono sviluppati nuovi diritti, orientati alla protezione dell'ambiente e della qualità della vita, non sempre previsti all'interno dei testi costituzionali. L'avvio dei processi di globalizzazione favorisce anche la spinta all'universalizzazione dei diritti, racchiusi poi, come si è vi-

<sup>35</sup> Baldassarre, 1989a, 10; Baldassarre, 1989b, 14; Modugno, 1995, 66; D. Bifulco, 2003, 164.

<sup>36</sup> Alexy, 1994, 542.

<sup>37</sup> Lombardi, 1970, 100 ss.

<sup>38</sup> C. cost., sent. 122/1970.

<sup>39</sup> Barile, 1953, 241; Barbera, 1975, 107; Barile, 1984, 48.

<sup>40</sup> Ridola, 2006, 136-137.

<sup>41</sup> Baldassarre, 1989a, 39; Baldassarre, 1990, 29; Pace, 2003, 17 ss.

<sup>42</sup> Bin, 2018, 11 ss.; Golia, 2019, 359 ss.

sto (§ III.1.1), nella categoria internazionalistica dei diritti umani<sup>43</sup>. Gli anni più recenti sono caratterizzati dall'emersione di diritti legati agli sviluppi della tecnica (bioetica e nuove tecnologie). Inoltre, nuove dimensioni di diritti e doveri stanno prendendo forma: si pensi al problema dei diritti delle generazioni future – molto presente anche nelle giurisprudenze costituzionali straniere particolarmente in tema di tutela dell'ambiente<sup>44</sup> – e a quello dell'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali, sempre più emergente nei settori della sorveglianza di massa e, ancora una volta, della tutela dell'ambiente<sup>45</sup>.

### III.1.2.5. *La Costituzione e l'attuazione dei diritti fondamentali*

Nella stilizzazione appena compiuta si inserisce a pieno titolo l'ordinamento giuridico italiano. Allo Statuto albertino del 1848, espressione di un potere monarchico dialogante con la nascente classe borghese (§ I.2.2), succede la Costituzione repubblicana del 1947, che, per quanto sia stata accusata di aver operato solo un aggiornamento in senso garantistico dello Statuto<sup>46</sup>, si caratterizza, oltre che per la presenza di diritti di difesa, di partecipazione e politici, anche per una forte presenza di diritti sociali (§ III.1.2.3).

L'attuazione dei diritti costituzionali non è stata tuttavia priva di difficoltà, per almeno due ragioni. La prima è legata alla percezione che si ebbe del nuovo testo costituzionale da parte di molti interpreti. Valga per tutti l'autorevole posizione di Calamandrei, che giudicava la parte I della Costituzione troppo eterogenea e fluida, composta da un articolato per lo più privo di maturità e di concretezza, la cui forma normativa è una «specie di enfatica ostentazione verbale di una maturità giuridica che nella sostanza ancora non c'è» (Calamandrei, 1950, CXXXIII). L'eminente costituente riteneva i diritti sociali niente più che disposizioni programmatiche, prive di una «tendenza netta e univoca»; insomma, a suo giudizio, «per compensare le forze di sinistra della rivoluzione *mancata*, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione *promessa*» (Calamandrei, 1950, CXXXV).

La severa valutazione di Calamandrei introduce al secondo ostacolo che la Costituzione ha incontrato nel dispiegamento della parte sui diritti fondamentali. La polarizzazione ideologica, che ha a lungo caratterizzato il sistema politico italiano fin quasi alla fine del Novecento, non ha certo facilitato il consolidamento di un pluralismo sociale e politico che rappresenta il tessuto indispensabile per l'attuazione piena del catalogo dei diritti costituzionali. Sintomatica

---

<sup>43</sup> Ridola, 2006, 5 ss.

<sup>44</sup> R. Bifulco, 2008, *passim*.

<sup>45</sup> R. Bifulco, Gentile, 2021, 191 ss.

<sup>46</sup> Barbera, 1975, 57 ss.

dimostrazione di tale situazione può considerarsi l'importante ruolo giocato dalla tesi di Fois a proposito della libertà di manifestazione del pensiero. Tale autore distingueva tra la manifestazione del pensiero "generica" e quella espressa all'interno di materie particolarmente sensibili, come la materia politica, religiosa, scientifica e artistica; in queste c.d. materie privilegiate si doveva riconoscere al diritto in parola un'ampiezza maggiore, al fine di assicurare la tutela del singolo e la democraticità del sistema<sup>47</sup>. Insomma, la consapevolezza della contrapposizione ideologica spingeva lo studioso a creare un perimetro privilegiato, sottratto agli ordinari limiti della manifestazione del pensiero. Di tale rilevante posizione teorica si dirà meglio nell'analisi della libertà di manifestazione del pensiero (§ III.3.5); in questa sede, se ne è accennato – tenuto anche conto del riscontro che essa ha ricevuto nella giurisprudenza costituzionale per un certo periodo – solo per esemplificare le ricadute della disomogeneità ideologica del sistema politico sull'attuazione dei diritti costituzionali.

Un ruolo importante per l'attuazione dei diritti fondamentali è stato sicuramente giocato dalla Corte costituzionale che, secondo alcune letture, ha dettato un proprio indirizzo politico nell'interpretazione/attuazione della Costituzione – di tipo *liberal*, secondo una terminologia anglosassone – spesso in conflitto con il Parlamento<sup>48</sup>. È certo che la progressiva attuazione dei diritti costituzionali ha significato anche centralità della Corte, chiamata ad offrire loro la protezione più alta<sup>49</sup>. La Corte ha svolto un ruolo di primo piano nella conformazione della parte I della Costituzione in maniera pragmatica, senza professare specifiche teorie normative dei diritti. Sulla base di pochi assunti fondamentali, di cui si darà conto nel corso della trattazione, il giudice costituzionale, per un verso, ha progressivamente liberato l'ordinamento dalle discipline normative risalenti ai passati regimi e più decisamente contrastanti con la nuova Costituzione e, per un altro, ha utilizzato tutte le potenzialità degli enunciati costituzionali. In molti casi, è poi andata al di là del testo, enunciando "nuovi diritti". Considerando la sua più che sessantennale giurisprudenza, non si ritiene di esagerare dicendo che la Corte è stata la principale attrice nella politica dei diritti.

### III.1.3. *La libertà, i diritti di libertà e gli altri diritti costituzionali*

Ricorrono nel lessico costituzionalistico italiano espressioni come diritti fondamentali, libertà fondamentali, diritti di libertà e diritti costituzionali,

<sup>47</sup> Fois, 1957, 53 ss., 68 e 102.

<sup>48</sup> Barile, 1984, 19.

<sup>49</sup> Luciani, 1991, 174.

spesso usate come locuzioni affini, sostituibili e vere e proprie endiadi. Questa pluralità di espressioni trova anche causa nel variegato e disomogeneo lessico del testo costituzionale, nel quale: *a*) in alcuni casi, si ragiona di «libertà personale»<sup>50</sup> e «della corrispondenza»<sup>51</sup>; *b*) in altri casi, si tratta di «diritto di riunirsi»<sup>52</sup>, «di associarsi»<sup>53</sup> e «di professare liberamente la propria fede religiosa»<sup>54</sup>; *c*) in altri casi ancora, il testo si esprime in termini di potere conferito all'individuo, come nel caso della libertà di circolazione («ogni cittadino può circolare»<sup>55</sup>), del diritto di agire in giudizio («tutti possono agire in giudizio»<sup>56</sup>); *d*) in altri casi, poi, l'individuo è tutelato, indirettamente, attraverso la formulazione di un obbligo negativo generale («nessuno può essere distolto dal giudice naturale»<sup>57</sup> oppure «nessuno può essere punito se non in forza di una legge»<sup>58</sup>); *e*) in altri casi, infine, ad essere tutelato non è tanto l'individuo, quanto un bene riguardante l'individuo (ad esempio, il domicilio<sup>59</sup> o la proprietà<sup>60</sup>) o un'attività da esso esplicata (ad esempio, l'iniziativa economica privata<sup>61</sup>).

Per orientarsi in questa pluralità di espressioni normative e dogmatiche, conviene prendere come punto di partenza la distinzione tra due piani concettuali molto diversi, quello della libertà e quello dei diritti. Si tratta di piani differenti, in quanto la libertà allude anche ad una dimensione pregiudiziale, mentre il termine “diritti” si lega in via esclusiva all'ordinamento giuridico e al suo riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive<sup>62</sup>. L'ambiguità concettuale del termine “libertà”, troppo sbilanciato su profili filosofici e politici, ha spinto la dottrina giuridica a preferire il termine “diritto” per indicare una determinata situazione soggettiva di vantaggio in quanto e per come configurata da una norma giuridica<sup>63</sup>. In questo modo, la libertà umana guadagna in concretezza, trasformandosi in una situazione giuridica effettiva.

---

<sup>50</sup> Art. 13, co. 1 e 2, Cost.

<sup>51</sup> Art. 15, co. 1, Cost.

<sup>52</sup> Art. 17, co. 1, Cost.

<sup>53</sup> Artt. 18, co. 1, Cost.

<sup>54</sup> Art. 19 Cost.

<sup>55</sup> Art. 16, co. 1, Cost.

<sup>56</sup> Art. 24, co. 1, Cost.

<sup>57</sup> Art. 25, co. 1, Cost.

<sup>58</sup> Art. 25, co. 2, Cost.

<sup>59</sup> Art. 14 Cost.

<sup>60</sup> Art. 42 Cost.

<sup>61</sup> Art. 41 Cost.

<sup>62</sup> Virga, 1947, 68; Amato, 1974, 273.

<sup>63</sup> Virga, 1947, 15 ss.

Questo travaglio concettuale è bene espresso dalla fortuna che, nella cultura costituzionalistica italiana – ma non solo, perché la locuzione è molto presente anche nell’ordinamento tedesco nella forma dei *Freiheitsrechte* – ha avuto la locuzione “diritti di libertà”, che, già a livello lessicale, esprime lo sforzo di fondere la dimensione originaria della libertà, vale a dire l’assenza di vincoli, in quella più stringente del diritto inteso come concreta conformazione giuridica di una situazione giuridica soggettiva. L’origine di questa fortunata espressione, almeno con riguardo all’ordinamento italiano, è plasticamente espressa da uno dei maestri del diritto pubblico italiano, Orlando. Nell’intento di liberarsi del concetto di libertà, troppo vago e intriso di declinazioni extragiuridiche, Orlando riteneva opportuno limitare l’analisi giuridica ai diritti nei quali obiettivamente la libertà si concreta, osservando che, «se di libertà *giuridica* vorrà darsi non una vera definizione (abbiamo detto come per noi ciò sia impossibile) ma una maggiore *determinazione* del concetto, potrebbesi dire... che essa è la libertà in quanto è attuata in *diritti*»; e chiedendosi, subito dopo, quali siano gli elementi costitutivi dei «*diritti di libertà*» (Orlando, 1890, 925).

“Diritti che hanno ad oggetto la libertà”: così potrebbe definirsi questa peculiare e importante categoria di diritti soggettivi indicati con l’espressione “diritti di libertà” (e che da ora potranno anche essere indicati, senza possibilità di equivoci, semplicemente come “libertà”). Lo schema formale rimane il diritto soggettivo, vale a dire quello di una situazione giuridica soggettiva attiva, avente, tuttavia, un contenuto particolare. I diritti di libertà rappresentano la giuridicizzazione della generica “libertà”, ossia la sua giuridificazione in distinte situazioni giuridiche soggettive, a loro volta articolantisi in molteplici facoltà<sup>64</sup>. È dunque il contenuto, vale a dire il complesso delle facoltà, dei comportamenti giuridicamente possibili, piuttosto che l’oggetto<sup>65</sup>, ciò che caratterizza i diritti di libertà.

Sulla determinazione di questo contenuto la dottrina costituzionalistica (non solo) italiana si è divisa in due grandi orientamenti: il primo, che si può sintetizzare nella formula della libertà come assenza di impedimento, indica nel “lecito materiale” la sfera di incidenza dei diritti di libertà, mentre il secondo, che intende la libertà come autodeterminazione del soggetto, ritiene che i diritti di libertà riguardino la sfera del “possibile giuridico”. Da un lato, si accentua il profilo della libertà, dall’altro quello del potere. Così dicendo, si prova di seguito a stilizzare posizioni che al loro interno contengono molte sfumature e che sono, soprattutto, cariche di implicazioni dogmatiche.

La tesi del lecito materiale ritiene che i diritti di libertà siano caratterizzati da una pretesa individuale all’astensione dello Stato dagli interventi nella sfera

<sup>64</sup> Pace, 2003, 116.

<sup>65</sup> Virga, 1947, 146.

individuale privata<sup>66</sup>. Il titolare del diritto di libertà gode di una situazione statica, inattiva, di fronte alla quale si pone il dovere di astensione di chi è in una posizione passiva; nelle situazioni inattive, infatti, la fattispecie normativa ha per oggetto un comportamento che non è quello del titolare, bensì di un soggetto estraneo<sup>67</sup>. Il titolare del diritto di libertà vanta così una pretesa a un *non facere*, ad una non ingerenza da parte di soggetti terzi che si trovano in una situazione di assenza di pretesa. La situazione di libertà, garantita dalla norma, finisce per consistere nella garanzia dell'esplicarsi delle varie facoltà che, di volta in volta, il singolo diritto di libertà garantisce all'individuo<sup>68</sup>. Tale opzione interpretativa ha risalenti radici nella teoria dei diritti pubblici soggettivi (§ III.1.2.2), vale a dire in quello sforzo teorico di qualificare l'insieme di attività e comportamenti che lo Stato progressivamente riconosce all'individuo al fine di impedire interventi illegittimi dello Stato<sup>69</sup>. E, tuttavia, la categoria dei diritti pubblici soggettivi ha progressivamente perso consistenza, sia perché al diritto soggettivo, che dà forma e struttura ai diritti costituzionali, non si addice la qualifica di pubblico o di privato<sup>70</sup>, sia perché i diritti costituzionali hanno assunto, come si è avuto modo di dire (§ III.1.2.4), anche un'efficacia orizzontale nei confronti dei privati.

Diversamente, la tesi del possibile giuridico individua l'essenza dei diritti di libertà «nel *libero* esercizio di comportamenti materiali e/o di attività giuridiche» (Pace, 2003, 2). I diritti di libertà permettono, in pratica, al titolare di scegliere sia il *se* sia il *come* sia il *quando* esercitarli, a differenza del titolare di diritti di tipo differente, cui normalmente è riconosciuta la libertà di scegliere *solo* il se, *solo* il come, *solo* il quando dell'esercizio<sup>71</sup>. Da ciò consegue, secondo la prospettiva in esame, che il contenuto del diritto di libertà è dato dall'esercizio di tutte quelle facoltà materiali e giuridiche che costituiscono la ragione d'essere del riconoscimento costituzionale dei vari diritti di libertà, non certo dalla pretesa individuale a che lo Stato e i terzi si astengano dall'intervenire nelle sfere individuali private.

Le due tesi sono antitetiche nella configurazione dell'oggetto della libertà: in base alla prospettiva del lecito materiale, la libertà si riferisce ad attività materiali (anche se non può escludersi un collegamento ad attività giuridiche di natura contrattuale, regolamentare e organizzatorio)<sup>72</sup>; in questa prospetti-

---

<sup>66</sup> Grossi, 1991, 235-236 e 284-285.

<sup>67</sup> Guarino, 1949, 301.

<sup>68</sup> Guzzetta, 2003, 63-64.

<sup>69</sup> Romano, 1900, 160 ss.

<sup>70</sup> Casetta, 1964, 797.

<sup>71</sup> Virga, 1947, 89 ss. e 173; Pace, 2003, 2.

<sup>72</sup> Grossi, 1991, 245.

va, la libertà oggetto del diritto garantisce al suo titolare spazi di azione spesso irrilevanti per l'ordinamento giuridico. Nel caso della tesi del possibile giuridico, da intendere come ambito entro il quale l'ordinamento riconosce la possibilità ai comportamenti umani volontari di avere efficacia anche nel mondo del diritto, conformemente al volere manifestato, la situazione giuridica riconosciuta è di tipo attivo e ha per oggetto un potere giuridico, da cui discendono gli effetti di costituzione, modificazione ed estinzione dei rapporti giuridici prodotti dal suo esercizio<sup>73</sup>. L'eventuale antiggiuridicità del comportamento assume, nel primo caso, la forma dell'illecito e, nel secondo, quella dell'illegittimità.

La contrapposizione dogmatica rimanda evidentemente a due diverse declinazioni liberali della libertà – da un lato, la libertà come assenza di impedimento e di coazione e, dall'altro, la libertà come autodeterminazione e autonomia del soggetto – che si sono sovrapposte e spesso intrecciate<sup>74</sup>. La prima concezione, allorché si è tradotta nella giuridica configurazione del diritto soggettivo – che, lo si ricorda, è la figura posta alla base dei diritti costituzionali (§ III.1.1) – ha posto al centro la volontà del soggetto (la c.d. teoria della volontà), facendo di quest'ultimo una specie di piccolo sovrano in merito all'esercizio dei propri diritti, ma anche agli effetti che tale esercizio svolge sugli individui che vengono a contatto con il titolare del diritto<sup>75</sup>. La seconda (la c.d. teoria dell'interesse) raccoglie tutte quelle concezioni che, piuttosto che puntare sul fattore della scelta, della microsovranità del titolare del diritto, accentuano il rapporto tra il diritto e la posizione del titolare del diritto medesimo<sup>76</sup>.

Ciò premesso, appare difficile poter segnare oggi una netta linea tra le due posizioni e affermare che i diritti di libertà rientrano nell'una o nell'altra, alternativamente. Indubbiamente, i diritti di libertà, al loro nascere, si sviluppano intorno all'idea di assenza da impedimenti o interferenze esterni (siano essi provenienti dal potere pubblico o dal potere privato)<sup>77</sup>. Nulla esclude, tuttavia, che un diritto di libertà, sia per l'estrema apertura dell'enunciato con cui è formulato, sia per l'ampiezza degli oggetti che spesso regola, possa declinarsi attraverso l'esercizio di comportamenti materiali e/o di attività giuridiche. La libertà di espressione, per esemplificare, abilita il suo titolare ad esprimere il proprio pensiero oppure no; se ciò accade, gli altri non possono impedirlo. Allo stesso tempo, se il titolare decide di manifestare il proprio pensiero, egli potrebbe farlo attraverso attività materiali (la giovane attivista che rimane ferma davanti al Parlamento per chiedere provvedimenti a favore del clima) o giuridi-

<sup>73</sup> Guzzetta, 2003, 66-67.

<sup>74</sup> Ridola, 2006, 151.

<sup>75</sup> Windscheid, 1887, 108.

<sup>76</sup> Jhering, 1865, 339.

<sup>77</sup> Amato, 1974, 273; Grossi, 1991, 235 ss.

che (un'intervista rilasciata ad un giornale). Insomma, sulla scorta dell'insegnamento di Hohfeld, bisogna convenire che i diritti hanno spesso una forma molecolare, capace di contenere al proprio interno differenti situazioni soggettive sia di libertà sia di pretesa a un certo comportamento<sup>78</sup>.

Come si è già detto, accanto ai diritti di libertà il testo costituzionale contiene, inoltre, diritti fondamentali aventi una struttura differente, tradizionalmente intesi come «diritti a qualcosa» (Alexy, 1994, 212). All'interno di questa categoria assumono un ruolo rilevante i diritti sociali, di cui si è detto (§ III.1.2.3).

Prima di chiudere, va osservato che la Costituzione prevede alcune situazioni giuridiche soggettive passive, che ben possono essere denominate come doveri costituzionali (§ III.8); essi sono disciplinati nella parte finale della parte I<sup>79</sup>. In sede di teoria generale, la dottrina, a partire da Romano, distingue tra obblighi e doveri: i primi sarebbero correlativi ai diritti, i secondi non sarebbero correlativi ad alcun diritto o posizione soggettiva attiva e sarebbero, quindi, caratterizzati funzionalmente<sup>80</sup>.

### III.1.4. *Profili relativi alla soggettività e alla titolarità dei diritti costituzionali*

#### III.1.4.1. *La capacità giuridica, la capacità di agire e la soggettività*

L'art. 1, co. 1, c.c. riconosce alla persona fisica la capacità giuridica, che essa acquista al momento della nascita e perde con la morte. La dottrina ritiene che la capacità giuridica sia l'astratta idoneità della persona fisica ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive. L'art. 2, co. 1, c.c. stabilisce poi che al compimento della maggiore età si acquista la «capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa» (la c.d. capacità di agire). Si tratta di due diverse qualificazioni: con la prima, la persona fisica diventa l'astratto soggetto o il centro di imputazione di qualificazioni giuridiche da parte dell'ordinamento e, con la seconda, essa viene abilitata a porre concretamente in essere atti giuridici. La capacità di agire può subire limitazioni (la c.d. incapacità relativa) e, in alcuni casi, esclusioni (la c.d. incapacità assoluta). Di fatto, dunque, esiste sempre un sostrato di fatto della capacità di agire, che è la capacità di intendere e di volere<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Hohfeld, 1913, 16 ss.

<sup>79</sup> Artt. 52-54 Cost.

<sup>80</sup> Romano, 1945, 77; Romano, 1947, 97; Barile, 1953, 147.

<sup>81</sup> Virga, 1947, 132.



Alla capacità giuridica sono spesso associati i concetti di personalità e di soggettività. In particolare, quest'ultimo rappresenta il tentativo di ampliare la nozione astratta di capacità giuridica, al fine di fornire tutela anche a soggetti giuridici per i quali non dovrebbe ricorrere il requisito della capacità giuridica. È questo, ad esempio, il caso del nascituro (ma si può oramai anche ragionare di concepito e di embrione, in ragione degli sviluppi scientifici) che, pur non essendo ancora nato, può essere oggetto di tutela da parte dell'ordinamento<sup>82</sup>.

Rispetto a tale schematico prospetto del rapporto tra l'ordinamento e il soggetto, conviene chiedersi come si atteggiino le norme costituzionali sui diritti fondamentali. È dall'art. 2 Cost. che l'analisi deve iniziare. In esso, il riferimento all'«uomo» è un chiaro indice della volontà di riconoscere ad ogni persona umana una piena e immediata soggettività giuridica, indipendentemente dalla cittadinanza. La funzione dell'art. 2 Cost. è dunque, in qualche modo, paragonabile a quella svolta dall'art. 1, co. 1, c.c., sia perché entrambe le disposizioni hanno ad oggetto la persona fisica da un punto di vista astratto, sia perché entrambe fanno della persona il centro di imputazione di qualificazioni giuridiche. L'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. è, tuttavia, più limitato di quello dell'art. 1, co. 1, c.c., avendo ad oggetto la persona fisica in quanto titolare di diritti inviolabili. E, in ogni caso, l'astratta previsione contenuta nell'art. 2 Cost. non può intendersi quale automatica attribuzione di capacità giuridica in relazione ad ogni singola fattispecie di diritto costituzionale<sup>83</sup>. A ciò si aggiunga la previsione dell'art. 22 Cost., che pare identificare i tratti caratterizzanti dell'identità personale<sup>84</sup>, sottraendoli a limitazioni o privazioni dettate da motivi politici (§ I.4.3.4).

Nel caso dei diritti costituzionali la concreta disciplina della capacità giuridica va dunque ricavata dalla singola disposizione in collegamento con l'art. 2 Cost. È, cioè, dalla singola fattispecie che dovrà ricavarsi la concreta disciplina della capacità giuridica<sup>85</sup>. L'astratta titolarità del diritto costituzionale, garantita dall'art. 2 Cost., richiederà così il possesso della capacità naturale (§ III.2.3.2.2) per l'esercizio dei diritti che si svolgono attraverso il compimento di attività materiali (ad esempio, la libertà di riunione o la libertà di manifestazione del pensiero; §§ III.3.3, III.3.5), ovvero della capacità di agire civilisticamente intesa per l'esercizio dei diritti che si risolvono nel compimento di atti giuridici patrimonialmente rilevanti, come nel caso della libertà di iniziativa economica<sup>86</sup>

<sup>82</sup> C. cost., sent. 48/2005.

<sup>83</sup> Pace, 2003, 306.

<sup>84</sup> Barile, 1984, 25.

<sup>85</sup> Pace, 1967, 132 ss.; Panunzio, 1988, 4; Pace, 2003, 310.

<sup>86</sup> Pace, 2003, 308-309.

(§ III.6.3.1). La valutazione della sussistenza di tale capacità naturale rientra, tuttavia, nella zona del fatto, dell'analisi della singola fattispecie<sup>87</sup>.

### III.1.4.2. *La titolarità dei diritti costituzionali*

Uno dei punti di maggiore distacco tra la lettera del testo costituzionale e la sua effettività concerne la titolarità dei diritti fondamentali. L'Assemblea costituente volle infatti distinguere la posizione del cittadino rispetto a quella dello straniero. Ne sono una traccia evidente sia l'art. 10, co. 2, Cost. (dedicato allo straniero; § II.14.2.1), sia il titolo della parte I, dedicato ai «diritti e doveri dei cittadini», sia, infine, tutti quegli articoli in cui la titolarità del diritto è espressamente attribuita al cittadino<sup>88</sup> (in contrasto con quelle disposizioni in cui la titolarità è, per così dire, aperta, come, ad esempio, gli artt. 13, 19 e 21 Cost.). Anche il principio di eguaglianza in senso formale, si noti bene, è riferito ai soli cittadini (§ II.7.3.2).

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale, tuttavia, si sono progressivamente allontanate dal testo costituzionale<sup>89</sup>. Le basi di questo distacco sono già nelle parole di un autorevole costituzionalista, in verità molto attento alla lettera della Costituzione, il quale proponeva già nel 1953 un'interpretazione correttiva per quelle disposizioni costituzionali in cui, pur essendo il cittadino il soggetto lessicale, sarebbe evidente il riferimento all'uomo in generale<sup>90</sup>. Tale interpretazione era ritenuta possibile nei casi degli artt. 3, co. 1, 16, co. 1 e 2 (per la sola libertà di uscire dal territorio), 17, co. 1, 18, co. 1 e 2, 38, co. 1, e 120, co. 3, Cost.; tutte queste norme, osservava tale autore, «trattano di libertà e di diritti fondamentali tradizionali dell'uomo, che sarebbe assurdo ritenere attribuiti ai soli cittadini, come avviene, invece, per altri diritti presupponenti la piena capacità politica» (Lavagna, 1953, 14). E, risalendo ancora nel tempo, lo spunto per una tale interpretazione era forse stato fornito, già in epoca statutaria, da uno studioso del calibro di Romano, il quale così concludeva in tema di titolarità dei diritti: «un'assoluta ripugnanza a che siano concessi allo straniero esiste soltanto per quella classe che abbiamo in senso stretto chiamato "diritti politici"» (Romano, 1900, 172-173).

In questa direzione si è mossa la Corte costituzionale, favorendo una sempre maggiore parificazione dello straniero al cittadino, con la sola eccezione di quei rapporti che legano l'individuo così intimamente allo Stato e ai suoi elementi

---

<sup>87</sup> Falzea, 1960, 30.

<sup>88</sup> Artt. 16, 17, co. 1, 18, co. 1, 38, co. 1, 48, co. 1 e 2, 49, 50 e 51, co. 1, Cost.

<sup>89</sup> D'Orazio, 1992, *passim*; Corsi, 2001, *passim*; Benvenuti, 2011, *passim*; Caretti, Tarli Barbieri, 2017, 92-93.

<sup>90</sup> Lavagna, 1953, 14.

costitutivi da non permettere un'estensione dei diritti fondamentali anche agli stranieri (è il caso, ad esempio, del diritto di voto riferito agli organi nazionali<sup>91</sup>; § III.7.3.2.1). Di conseguenza, superando la lettera della Costituzione, anche gli stranieri e gli apolidi sono ritenuti titolari di diritti fondamentali non solo nei casi in cui la Costituzione utilizza espressamente il termine "tutti" o si esprime in modo impersonale, ma anche quando si indirizza ai cittadini, non mostrando di esigere una disparità di trattamento a danno degli stranieri<sup>92</sup>.

L'interpretazione della Corte costituzionale è stata supportata anche dal legislatore, il quale con l'art. 2, co. 1, t.u.i., ha previsto che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Specularmente, va ritenuto che anche l'imposizione dei doveri costituzionali riguardi gli stranieri, con l'eccezione, ancora una volta, di quelli strettamente collegati alla cittadinanza (il dovere di difesa della Patria<sup>93</sup> e il dovere di fedeltà alla Repubblica<sup>94</sup>; §§ III.8.3, III.8.5). Tale interpretazione dominante non è andata esente da critiche che muovono dall'intitolazione della parte I della Costituzione, la quale ragiona dei «diritti e doveri dei cittadini». In particolare, si è osservato che le costituzioni poggiano sugli Stati nazionali, i quali tendono a distinguere lo *status* di cittadino da quello di non cittadino e che il principio di eguaglianza in senso formale è espressamente rivolto ai cittadini. Inoltre, proprio perché la condizione giuridica dello straniero è dalla Costituzione rimessa alla legge ordinaria, che si conforma alle norme e ai trattati internazionali ai sensi dell'art. 10, co. 2, Cost., dev'essere la legge la fonte di disciplina dei diritti degli stranieri. La conseguenza di tale diversa impostazione è che il legislatore, se non obbligato da accordi internazionali, non è tenuto a parificare gli stranieri ai cittadini<sup>95</sup>.

Problematico è anche il rapporto tra la descritta situazione di apertura nei confronti dello straniero e l'art. 16 disp. prel. c.c., secondo cui lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili del cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali (si noti che anche l'art. 2, co. 2, t.u.i. fa riferimento alla clausola di reciprocità). Dall'impostazione maggioritaria, di cui si è appena dato conto, discende un'interpretazione sostanzialmente abrogante dell'art. 16 disp. prel. c.c. (l'effetto tacitamente abrogativo discenderebbe anche dalla riserva di legge rinforzata prevista nell'art. 10, co. 2, Cost.,

<sup>91</sup> C. cost., sentt. 306/2008; 187/2010; 61/2011; 329/2011.

<sup>92</sup> Barbera, 1975, 116; Barile, 1984, 31-32.

<sup>93</sup> Art. 52, co. 1, Cost.

<sup>94</sup> Art. 54, co. 1, Cost.

<sup>95</sup> Pace, 2003, 11-12 e 315 ss.