

Lezione 26/09/19

Prospettiva storica delle libertà (capitolo 2 del libro)

Il professore comincia la lezione chiedendo se ci sono domande o cose poco chiare in riferimento al capitolo 2 del libro.

Una nostra collega chiede in riferimento alla libertà individuale, art 26 della costituzione, che è garantita e che si ammettono due forme di limitazione previste:

- Dalla Legislazione processuale penale che richiede l'accertamento dei fatti ed è quella che maggiormente garantisce la libertà personale
- Dalle misure di prevenzione che si basano su delle presunzioni

La legislazione processuale penale garantisce meglio le libertà personali perché le misure di prevenzione vengono accertate dalla pubblica autorità, cioè la polizia. Quindi perché la polizia sarebbe meno garantista rispetto al giudice? Perché manca la terzietà del giudice il quale è un soggetto terzo, mentre l'autorità di pubblica sicurezza ti irroga una sanzione che magari viene fatta sulla base di un giudizio sommario. Quindi la capacità di giudizio che l'amministrazione ha è sicuramente inferiore a quello del giudice. C'è anche un altro aspetto molto importante: "iura novit curia" cioè il giudice conosce le leggi, perché un giudice che non conosce il codice civile con un provvedimento disciplinare viene mandato a casa. Invece se l'autorità di pubblica sicurezza non conosce una norma, cosa plausibile, ci può essere un vizio, il così detto "vizio di illegittimità" cioè violazione della legge. Facendo adesso un riferimento al primo capitolo questo racconta di tre impostazioni che hanno a che fare con la tutela dei diritti:

- 1) storica
- 2) normativa
- 3) individualistica

E' chiara l'evoluzione della tutela dei diritti all'interno dei passaggi storici?

Il momento centrale e di avvio della protezione dei diritti fondamentali/umani può essere riconosciuto nel 1215 con la Magna Carta, il primo documento costituzionale della storia occidentale. Perché può essere definito come documento costituzionale importante?

Perché per la prima volta i diritti entrano all'interno di un documento ufficiale scritto.

Perché prima non c'era stato bisogno di un documento del genere?

Perché c'era un rapporto tra il potere costituito e l'autorità divina, infatti uno degli elementi fondamentali che nella Magna Carta emerge è la temporalizzazione del potere, cioè il potere derivante da Dio diventa un potere che assume un carattere temporale e che addirittura viene condiviso.

La cosa importante è che non solo vengono individuate delle prerogative per aristocratici, prerogative per le persone, ma anche che il potere si slega per la prima volta da un nesso troppo stretto con il divino e questo è l'elemento fondamentale.

Perché avviene in Inghilterra? Sicuramente c'è un elemento legato all'aristocrazia ma c'è un problema, quello della Scozia. Il problema atteneva al riconoscimento dell'elemento dinastico più importante, si capisce che la Corona non può decidere da sola uno strumento fondamentale ma deve concedere qualcosa all'aristocrazia in modo da essere a sua volta riconosciuta come il sovrano legittimo, il monarca legittimo.

C'è un elemento di garanzia del potere tra il re e la aristocrazia che emerge in relazione a quale dinastia aveva il diritto ad essere il monarca ed è in quel senso che bisogna concedere dei privilegi, concedere delle prerogative.

Andiamo più avanti, qual è l'altro documento importante?

Il Bill of Rights del 1689 e in quel momento storico abbiamo la Glorious Revolution, che ha sancito una limitazione ulteriore alla monarchia. In Europa, sempre nello stesso periodo, c'era stata la riforma protestante e la controriforma che aveva portato ad un grande patto tra la Francia e l'Inghilterra: la pace di Vestfalia (1648) che sanciva il principio *cuius regio eius religio*, cioè a ciascun re spetta il diritto di determinare la religione per il proprio regno. Questo significava che il re ha diritto a decidere quali sono le leggi e quali sono i poteri legittimi all'interno di uno stato. Di solito questo si fa anche indicare come la fase matura dell'assolutismo regio.

Ancora una volta l'Inghilterra fa eccezione in funzione della tutela dei diritti, fa eccezione in relazione al giusto processo, cioè un processo equo nel quale una persona potesse difendersi. Attenzione, il problema vero è che rispetto all'introduzione di un processo equo la persona, prima di questo, non aveva diritto di difendersi, le veniva irrogata una sanzione e questa non aveva neanche la possibilità di difendersi. Quindi il giusto processo veniva introdotto soprattutto in funzione di ciò.

Ad un certo punto, alla fine del 700, le storie iniziano una divaricazione e qui nascono due strade anche se in realtà per essere corretti dobbiamo dire che ne sorge un'altra quindi abbiamo tre strade, che gli autori del libro individuano come quelle legate alla protezione dei diritti:

- 1) Inglese: mantiene la *common law*, mantiene la garanzia del diritto del precedente e mantiene una commistione tra politica e diritto. Non so se avete visto che l'altro giorno c'è stata la decisione della corte suprema inglese in relazione alla proroga del parlamento. Fino a 10 anni fa non esisteva nel Regno Unito una corte suprema, come non esiste tutt'ora una costituzione scritta. Perché non esisteva la corte suprema che potremmo definire come corte costituzionale? Perché la corte suprema era la *House of Lords*, cioè una parte del potere politico. Nel Regno Unito dal 1215 al 1268 in avanti il potere politico e la magistratura viaggiavano insieme, c'è una commistione di questi poteri che però non produce discriminazione, una limitazione alla tutela dei diritti anzi tutto il contrario.
- 2) Americana
- 3) Francese

Che differenza c'è fra queste strade? La strada inglese è un po' l'evoluzione di quello che abbiamo detto, una strada che parte da molto prima, riconosce la necessità di un limite ad un potere e nella necessità di un limite al potere individua la garanzia dei diritti delle persone. Non so se vi ricordate che i sistemi di common law sono basati sui rimedi giurisdizionali.

Dalla Magna Carta emerge che non esistono i diritti proclamati come noi ce li immaginiamo oggi, cioè "tutti hanno la libertà personale, la libertà personale è inviolabile, domicilio inviolabile, tutti i regnicoli hanno diritto a muoversi liberamente nel territorio nazionale salvo quanto dice la legge", la proclamazione dei diritti nel sistema anglosassone è una protezione che si fa tramite i rimedi giurisdizionali. Non esiste un'affermazione di diritto e non è un caso che la libertà personale nel Regno Unito si chiami "habeas corpus". Questo non è altro che il rimedio giurisdizionale che nasce attraverso il Bill of Rights nel quale si dice che tu puoi fare un ricorso qualora la polizia ti limiti nella tua libertà personale. Quindi non c'è una definizione di libertà personale, si dice solo che nel momento in cui si è limitati nel nostro muoverci o nella tua persona, puoi compiere un rimedio giurisdizionale. E' un modo di ragionare sul diritto che è totalmente il contrario da quello che noi siamo abituati a fare: noi partiamo da una fattispecie descritta o da un principio descritto e in base alla nostra situazione sappiamo quale norma usare per poter chiedere qualcosa oppure per obiettare qualcosa. Nel Regno Unito avviene al contrario: abbiamo un rimedio e da questo nasce la protezione della tua situazione personale (prima abbiamo il rimedio e poi la situazione soggettiva che si va a tutelare).

Il secondo filone è quello Americano. Un po' come la forma di governo presidenziale dove c'è un monarca elettivo, anche per quanto riguarda la tutela dei diritti prendiamo un po' dalla situazione inglese, perché anche in America c'è la common law, ma c'è una cosa diversa, potremmo dire un'eccezionalità in quanto qui nasce una costituzione scritta (a differenza del Regno Unito dove la costituzione non è scritta nemmeno oggi ma esiste, qui si inventano la costituzione). Perché si inventano la costituzione? Perché c'è una costituzione la quale è un limite al potere ma è anche un modo per sancire un patto tra coloni, il così detto "Federalist Powers" ovvero potere di federalizzazione. Questo da cosa deriva? In parte dalla paura del legislativo, ovvero elementi che potevano rovinare la forma di governo, ma l'elemento principale era l'influenza del Giusnaturalismo secondo cui i diritti sono innati e quindi qualsiasi potere non può creare diritti o libertà. Perché hanno scelto questa impostazione? I quaccheri sono persone che erano state perseguitate, erano scappati dall'Inghilterra per motivi religiosi e furono costretti ad andarsene. Il fatto di condividere l'idea del

Giusnaturalismo gli permette di garantire i loro diritti non sulla base del diritto ma su radici filosofiche che in un certo senso potrebbero fare a meno del diritto ma ne hanno bisogno in quanto strumento per la coesistenza sociale. Il federalismo e la protezione dei diritti sono due cose che vanno insieme, un elemento che ha che fare con la distribuzione territoriale del potere è lo strumento migliore per la garanzia dei diritti. Non è un caso infatti che il Giusnaturalismo entrerà nell'idea della costituzione come documento superiore, loro non parlano di rigidità costituzionale perché può essere modificata tramite un processo federale e ciò rende la costituzione anche rigida però capite che è un po' il prodotto di una scelta legata ad una certa organizzazione territoriale. Quindi secondo voi quale potrebbe essere un modo per etichettare il meccanismo di tutela dei diritti in America, che prende un po' di common law, la quale ha il rispetto della legge (Rule of Law) e ha anche un meccanismo giudiziario che garantisce la superiorità gerarchia dei giudici, dunque la corte suprema decide. Qual è l'elemento peculiare di questo sistema americano? A mio parere è l'aver aderito ad una certa tipologia di forma di stato: loro hanno capito che è la forma dello stato repubblicano, federale, con il *check and balances* che tutta insieme forma la protezione dei diritti. Quindi la tutela dei diritti si basa sulla forma di stato che si sceglie.

Il terzo filone è quello Francese. In Europa l'evoluzione è totalmente diversa perché abbiamo la Rivoluzione Francese, che altro non è che la risposta all'assolutismo regio attraverso un elemento di discontinuità, che pone un limite all'assolutismo del re che era stato sancito all'interno della Pace di Vestfalia. In questa si dice che i re hanno l'ultima parola su cosa è giusto e su cosa è sbagliato all'interno dei confini dello stato, attraverso la rivoluzione francese questo viene capovolto. Cosa nasce dal punto di vista della tutela dei diritti? Qual è la forma che prende la tutela dei diritti all'interno dell'Europa continentale? Andiamo sul binario della legalità, cioè della legge, perché c'è un'esigenza di trovare una risposta alla frammentazione che si era creata nelle fonti del diritto e questa è una risposta classica, canonica e anche giusta (risposta "grossiana"). E' un problema non legato solo alla distribuzione del potere, cioè la tutela dei diritti non si basa sulla forma di stato come elemento che fonda la protezione dei diritti e sull'idea giusnaturalistica.

Perché l'idea del giusnaturalismo non funziona in Europa? Perché l'Europa continentale (Francia, Spagna, Italia, parte della Germania, Polonia ecc) era ancora legata all'idea in cui giusnaturalismo voleva dire chiesa Cattolica, garanzia che la chiesa aveva anche rispetto all'imperatore e si parlava ancora di impero (la parola impero verrà meno con la prima guerra mondiale). Non si sposa con il giusnaturalismo perché questo avrebbe portato alla distruzione della religione, in questo modo la strategia era distruggere il particolarismo dei privilegi e introdurre uno strumento unitario. Anche lo stesso Grossi, che sottolinea quello che abbiamo detto sopra, ci dice qual è il disegno sottile che c'è dietro ovvero che la borghesia voleva prendere dei privilegi. La borghesia infatti usa uno strumento per auto legittimarsi e dietro al quale si copre quella strategia di mettere la legge sopra tutto e garantendo il comando del legislatore: la nazione. Che cosa identificava in quel periodo storico? Era lo strumento, "montesquieunemente" parlando, della volontà generale consacrata all'interno della legge, dunque legge è volontà della nazione. Il termine nazione cela un'altra cosa molto importante ovvero la sovranità popolare. Mentre in America o anche nel Regno Unito si garantisce la sovranità popolare e i poteri costituiti sono in realtà una manifestazione della sovranità popolare, in Europa la sovranità popolare non c'era, c'era la sovranità regia alla quale poi si sostituisce la sovranità nazionale dove per nazione non si intendono tutti. Qui abbiamo anche un altro elemento: la proprietà. Nell'idea illuministica la proprietà è lo strumento centrale da cui promanano tutti gli altri diritti, non è un caso che in questo senso lo Statuto Albertino, oggetto del nostro studio, centra la tutela dei diritti sulla tutela della proprietà. Perché c'è un circolo tra la proprietà e la legge? Perché la proprietà è uno strumento di legittimazione, criterio in base al quale io stabilisco chi vota.

L'elemento centrale da cui noi capiamo che la tutela dei diritti nell'Europa continentale è basata sul prototipo della proprietà non è tanto e solo per il fatto che la proprietà è il prototipo della tutela di un diritto, ma anche perché la proprietà garantisce l'appartenenza alla nazione, alla cerchia di persone che votano e questo stabilisce i diritti. La proprietà è il diritto per eccellenza e chi ha proprietà può

votare e quindi può stabilire cosa c'è scritto nelle leggi e attraverso le leggi stabilire i diritti. Questo però si innesta su una letteratura sui diritti e qual è quella che noi abbiamo in Europa? E' una letteratura che ha che fare con uno strumento sempre importante su questo. Come si stabiliscono i diritti in Europa? Attraverso delle dichiarazioni, che corrispondono ad uno strumento contrattuale nel quale abbiamo una serie di diritti e obblighi tra reciproche parti. Le parti sono la borghesia, che deve rispettare delle regole, e i rappresentanti della borghesia che quelle regole le devono stabilire e poi attraverso il governo devono farle rispettare. Quindi la logica proprietaria e la logica contrattuale sono alla base della protezione dei diritti in Europa. Una logica contrattuale nella quale abbiamo una serie di proclamazioni di facoltà e di diritti ma allo stesso tempo di limiti al potere cioè quello che possiamo definire come obblighi.

Come avviene questa contrattualizzazione dei diritti in Europa? Avviene in due modi:

- 1) Modo rivoluzionario (rivoluzione Francese)
- 2) Concessione (accordo tra re e borghesia)

In Italia come sono state concesse le costituzioni? Tramite concessione alla quale si arriva con 500 anni di ritardo rispetto alla magna carta. Lo Statuto Albertino, costituzione in vigore dal 1861 al 31 Dicembre del 1947, è la costituzione concessa dal re del Regno di Piemonte e Sardegna all'aristocrazia e ovviamente in quel caso alla borghesia.

Nel capitolo è interessante anche soffermarsi su un ulteriore aspetto: come è stato possibile che da costituzioni concesse, dal paradigma proprietario e dal contratto sociale noi arrivassimo alle degenerazioni che si sono verificate tra la prima e seconda guerra mondiale? In riferimento allo Statuto Albertino è una costituzione flessibile, modificabile dalla legge quindi non c'è un argine alla degenerazione ma questa è una risposta sempre un po' troppo grossiana e io avrei qualche obiezione perché oggi si parla del populismo come un limite al costituzionalismo, la rivolta populista in Europa sembra mettere in discussione alcuni punti cardine del costituzionalismo, per esempio l'esistenza di una corte costituzionale, che è come un giudice esterno alla separazione dei poteri, pone un limite al potere del parlamento. Non è un caso che in molti paesi come Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca un modo per fare affermare dei regimi è stato mandare a casa dei giudici della corte costituzionale per fare in modo che il parlamento si appropriasse del potere di nominare il giudice della corte costituzionale. Quindi questo è per dire che potrebbe degenerare di nuovo.

Pensate in connessione a questo la situazione americana: in America sono così tanto realisti da far combaciare la forma di stato con il sistema di protezione dei diritti, avevano l'esigenza di vivere in pace, anzi addirittura di perseguire la felicità come dicono nel preambolo della costituzione, in relazione a un ordine che sia giusto. Cosa ha fatto fuori la contrattualizzazione, il principio di legalità e la superiorità della legge? Ha fatto fuori la giustizia. L'elemento che non troverete mai in nessuna dichiarazione dei diritti dell'800 è l'esigenza della giustizia non nel senso come elemento di etichetta ma come fine a cui tende un ordine politico e sociale, primo aspetto. Secondo aspetto: quando nascono le dittature? Nascono tra il 20 e il 30. Con la fine della prima guerra mondiale (1918), si ha una crisi economica che in Germania si sente più di tutti, in Italia per certi aspetti un po' meno però porta ad una messa in discussione del paradigma che dicevamo prima, ovvero quello della borghesia. Borghesia che vota i propri rappresentanti e votandoli decide cosa c'è scritto nelle leggi. L'elemento importante è che quella frammentazione, che Grossi mette in evidenza dal punto di vista delle fonti del diritto, che la superiorità della legge, l'unicità, il monopolio legislativo cerca di risolvere ma in realtà si scatena dal punto di vista sociale, qual è l'effetto della crisi economica successiva alla prima guerra mondiale? E' quello di far venire fuori la finzione del monopolio legislativo, la finzione di un sistema basato sul monopolio della legge. Capite che poi quando emerge questa finzione iniziano diverse possibilità: una possibilità per tornare all'ordine è creare un ordine che in modo rigido riporti sul binario della legalità e per questo, e mi collego al discorso di prima delle misure di prevenzione-rimedi giurisdizionali, perché aumentano le misure di prevenzione? Perché c'è bisogno di ordine, quell'ordine che solo la legge ti aveva in modo finto garantito in precedenza. Le leggi servivano infatti per garantire l'ide di un ordine che nessuno poteva mettere in discussione. Con la prima guerra mondiale viene meno l'ordine. Uno scrittore, Stefan Zweig, scrive un libro che descrive icasticamente

la situazione dello stato liberale: "Il mondo di ieri". Un libro ambientato nella Vienna tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento che descrive in maniera autobiografica la fine dello stato liberale.

Questa vicenda è essenziale per capire che le dittature nacquero sulle crepe dello stato liberale. La crepa più grande è la finzione del monopolio legislativo, lo strumento per il quale si era rifiutato il giusnaturalismo. Non è un caso che nel periodo delle dittature aumentano gli strumenti di prevenzione, le libertà non vengono limitate perché si nega la libertà ma si vedrà qualcuno che per un'esigenza di ordine prevedrà le misure di prevenzione al fine di espellere i soggetti che non rispettano la legge. Non è un regime illiberale in quanto nega le libertà ma è liberale perché al fine di creare un ordine si nega la possibilità delle persone di essere libere. Pensate in questo senso all'eliminazione degli ebrei, è un paradigma con il quale tu riesci a risolvere un problema di ordine nella razza togliendo le persone che sono diverse e proprio la diversità, in questo caso di religione, che crea un disordine. Quindi eliminazione come funzione preventiva.

Un'ultima cosa: lo Statuto Albertino in tutti questi anni non viene mai modificato per ragioni testuali ma anche perché non ce n'è bisogno, perché anche in Italia c'è l'idea che una costituzione sia uno strumento vivo che deve essere interpretato e proprio queste interpretazioni possono andare in senso positivo, ovvero di una maggiore garanzia, ma anche in senso negativo garantendo la possibilità che dei regimi possano sconfessare la libertà però sempre all'interno della legge che stabilisce dei limiti. Quindi in un certo senso, e passatemi la cosa, la rigidità dello statuto Albertino è stata rispettata: il fatto stesso che non fosse modificato è una implicita affermazione che lo Statuto Albertino è una costituzione rigida, così a maglie larghe che addirittura al suo interno potevamo ritrovare una degenerazione di quello stesso meccanismo. La degenerazione non è un modo per annullare o dichiarare l'inutilità dello statuto ma era per far vedere che lo statuto ha previsioni così ampie che ammetterebbero anche il contrario. Questo è un po' un limite delle previsioni. Interessante quando nel libro parla dell'evoluzione delle misure limitative della libertà personale, in fondo sono tutte cose che si sviluppano sulla previsione dell'art 26. Pensate agli articoli attuali della costituzione e a come sono stati scritti in antitesi rispetto allo Statuto Albertino: tanto quegli articoli prevedono possibili limitazioni della libertà quanto quelle possibili limitazioni erano state create all'interno del periodo soprattutto fascista. Un po' come se ci fosse un contrappasso su come sono state scritte le libertà nella costituzione in relazione alle limitazioni effettivamente realizzate nel periodo fascista, perciò l'art 13 non si ferma alla libertà personale inviolabile cosa che poteva anche bastare, ma tutta la previsione successiva poteva essere stabilita nel codice di procedura penale. Allora perché hanno dovuto caricare l'art 13, l'art 14 o l'art 21 della costituzione? Perché prima erano state realizzate delle limitazioni che andavano in quel senso.