



Esplicazione di Costituzionale 2

I diritti Fondamentali – Paolo Caretti

M.C.

Una esplicazione del Libro "I diritti Fondamentali" di Paolo Caretti , Giappichelli Editore, per rendere più facile la comprensione dei capitoli da 1 a 6 e da 11 a 12.

CAPITOLO 1 – LA PROSPETTIVA STORICA: RICOSTRUZIONI TEORICHE E MODELLI DI TUTELA.

Nel corso della storia è possibile individuare tre diversi modi di concepire gli strumenti per la realizzazione della tutela dei diritti:

- a) APPROCCIO STORICISTICO → i diritti di libertà sono il frutto dell'evoluzione storica dei rapporti sociali e politici che caratterizzano la vita dei diversi ordinamenti statuali. Tale approccio privilegia le c.d. libertà "negative", la cui garanzia è data dall'assenza di intervento di poteri coercitivi sia pubblici che privati. L'origine dei diritti di libertà risale al Medioevo; si tratta, però, di diritti diversi dai diritti di libertà del costituzionalismo moderno: all'epoca, infatti, non si era ancora affermata una dimensione di Stato come "soggetto politico titolare di una potestà di imperio, capace di definire la sfera di libertà individuali e collettive", ma vi era una potestà frammentata tra numerosissimi soggetti, al cui vertice gerarchico si trovava il signore feudale. Tra signore feudale e suoi subordinati sussisteva un rapporto di scambio, di carattere contrattuale, basato da un lato sulla fedeltà, dall'altro sulla protezione. Fondamentali in questo senso erano i contratti di dominazione (commercio; tributi straordinari; possesso e proprietà), con i quali le città assicuravano il loro appoggio al signore feudale, mentre quest'ultimo garantiva i diritti delle città e dei ceti. Dunque, nel medioevo, le libertà negative non erano riferite agli individui in quanto tali ma erano patrimonio del feudo, del luogo, della valle, della città, etc. Nel 1215 la Magna Charta sancì la libertà personale intesa non solo come sicurezza dei propri beni, ma anche come garanzia rispetto all'arresto illegittimo e, conseguentemente, prevede una procedura tassativa per disporre limitazioni di tale libertà. Ed è proprio la previsione di un "due process of law" (procedura garantistica) che segna l'evoluzione da un sistema di regole sostanzialmente giusprivatistiche di tutela delle libertà ad un assetto moderno di tutela, di natura nettamente giuspositivistica.
- b) APPROCCIO INDIVIDUALISTICO → i diritti di libertà non solo preesistono alla formazione stessa dello Stato, ma sono sostanzialmente indifferenti agli sviluppi sociali, economici e politici: essi sono infatti diritti naturali che spettano a ciascun individuo in quanto tale. Punto di riferimento, in questo caso, è l'esperienza della Francia rivoluzionaria: il ruolo dello Stato è qui concepito come finalizzato al riconoscimento ad alla garanzia dei diritti, in quanto esso nasce in forza di un patto voluto e costruito fra soggetti già titolari, per natura, di diritti. Inoltre, in base ai principi della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, l'unica fonte del diritto che può limitare l'esercizio dei diritti di libertà, nei casi da essa previsti, è la legge, espressione della volontà generale; e lo stesso principio della volontà generale pone limiti all'azione della magistratura, che non potrà che muoversi entro i binari delle previsioni legislative, e senza margini di "creatività".
- c) APPROCCIO STATUALISTICO → solo grazie allo Stato i diritti di libertà nascono e possono affermarsi come vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili; conseguentemente, è lo Stato che ne determina il contenuto, i limiti, i meccanismi di garanzia. In questo caso i diritti non sono preesistenti allo Stato, poiché prima di esso vi è

solo una condizione di *bellum omnium contra omnes*: non può esistere alcuna libertà, alcun diritto individuale prima dell'affermazione della potestà coercitiva dello Stato che, solo, può dare ordine alla società e garantire le pretese dei singoli da esso riconosciute (es. Stato liberale ottocentesco).

Le due esperienze costituzionali che più hanno contribuito ad uno sviluppo compiuto della dottrina dei diritti fondamentali sono quella statunitense e quella francese. L'esperienza statunitense combina in sé i tre approcci; tuttavia, per quanto riguarda il primo, vi è una fondamentale novità rispetto al modello inglese: la garanzia è rivolta anche contro il legislatore. I motivi che spiegano l'affermarsi di questo sistema di tutela dei diritti nell'esperienza americana sono essenzialmente di tipo storico: la Costituzione del 1787 nasce a seguito della guerra d'Indipendenza contro l'Inghilterra, originata non tanto da un'avversione al suo sistema istituzionale, quanto piuttosto da una rivendicazione delle libertà economiche che erano state calpestate proprio dal Parlamento inglese attraverso le sue leggi. Ecco dunque la diffidenza per la legge, sentita come atto portatore di ingiustizie e la sua sottoposizione ad una norma superiore, la Costituzione, condivisa da tutti i soggetti politici. L'esperienza francese, ispirata ad un approccio individualistico, ne tenta una conciliazione con gli elementi propri dell'approccio statualistico. Essa abbandona completamente ogni richiamo allo storicismo (rottura totale con l'esperienza dello Stato assoluto) e la concezione della Costituzione che si afferma qui è quella di un atto che deve innanzitutto tracciare nuovi indirizzi ed un nuovo programma politico, destinati poi ad essere attuati dai poteri pubblici e, in primo luogo, dal legislatore, nel quale si esprime la sovranità popolare. La legge, infine, in quanto espressione, sia pure mediata, della volontà popolare, non può essere che "giusta", ossia rispettosa del quadro costituzionale.

Il modello francese, basato sul riconoscimento a livello di normativa costituzionale di un catalogo di diritti fondamentali e sull'affidamento alla legge del Parlamento del compito di definirne i limiti di esercizio, è quello che si ritrova nelle Costituzioni degli Stati dell'Europa continentale della metà dell'800; l'intrinseca debolezza di quel modello, insieme alle contraddizioni del costituzionalismo liberale ottocentesco, spiegano la crisi dei sistemi costituzionali che si affermano nel corso del 19° secolo di fronte alle tensioni di tipo autoritario. In primo luogo, a determinare la crisi della concezione dei diritti di libertà dello Stato federale è l'accentuazione degli aspetti statualistici insiti nel modello francese: nasce l'idea di Nazione e l'idea in base alla quale lo Stato non è che l'evoluzione storica della Nazione. Dunque è lo Stato, e non più il popolo, il vero sovrano e la legge non è più intesa come atto espressivo della sovranità popolare, bensì come esercizio di una funzione pubblica, per finalità che fanno riferimento allo Stato. In questo modo, non è difficile capire il filo di sostanziale continuità che lega, per questi aspetti, l'esperienza liberale a quella apertamente autoritaria dei regimi totalitari, quando la concezione statualistica toccherà il suo punto di massimo sviluppo. Il momento di passaggio dallo statualismo temperato liberale allo statualismo totalitario è segnato dalle difficoltà di canalizzare le forti tensioni sociali, originate dall'emergere di nuove classi sociali, in un quadro istituzionale caratterizzato da una concezione fortemente elitaria del potere: in un simile contesto di conflittualità, la legge non riesce più ad essere uno strumento di mediazione e di equilibrata interpretazione degli interessi della società, né

esiste uno strumento per sanzionarne gli abusi. Si affermano, quindi, i regimi autoritari, i quali introducono una nuova concezione dei rapporti tra Stato e cittadini, che fa perno sul ruolo del partito unico, come soggetto di raccordo fondamentale tra società civile e istituzioni e come unico interprete degli interessi generali. In questa logica, i diritti sono quelli che il partito ritiene debbano essere tutelati e la cui disciplina è affidata ad atti normativi adottati da organi che, al di là del nome, hanno perso qualsiasi somiglianza con le istituzioni rappresentative del periodo liberale, in conseguenza dell'abolizione delle libertà politiche. Si ha, dunque, una concezione di tipo funzionalistico dei diritti di libertà, il cui esercizio è ormai concepito e commisurato in funzione del perseguimento degli interessi generali dello Stato, così come determinati ed interpretati dal partito unico.

Le Costituzioni europee del secondo dopoguerra riprendono, integrandoli, alcuni elementi del costituzionalismo americano e francese: dal primo è mutuato il concetto di Costituzione come fonte e garanzia dei diritti di libertà, la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti e l'affermazione della rigidità della Costituzione e di un sistema di giustizia costituzionale per neutralizzare gli abusi del legislatore; dal secondo è ripresa l'idea della Costituzione come programma, che contiene la definizione dei valori generali destinati ad essere attuati successivamente dai poteri pubblici e, in primo luogo, dal legislatore, che però trova nella Costituzione rigida e garantita il suo limite. Su questo impianto si innesta poi la valorizzazione dei diritti fondamentali non solo come libertà "negative", ma anche come libertà "positive", attraverso la garanzia dei diritti sociali e di partecipazione politica.

Ma oggi una nuova frontiera si apre per una maggiore tutela dei diritti: l'ingresso, in questo campo, del diritto internazionale, soprattutto, per ciò che riguarda la regione europea, l'introduzione di una Carta dei diritti dell'Unione Europea: quella che fino alla seconda guerra mondiale è stata materia di esclusiva competenza degli Stati si avvia così a diventare un terreno comune di rafforzamento, all'interno dell'Unione, di diritto, principi e valori sui quali sono costruite le diverse esperienze costituzionali degli ordinamenti statuali che in essa confluiscono.

CAPITOLO 3 – I DIRITTI FONDAMENTALI NELLA COSTITUZIONE ITALIANA: QUADRO GENERALE.

La Costituzione repubblicana disegna un ordinamento totalmente diverso da quello delineato dallo Statuto Albertino. Cambia, innanzitutto, il fondamento di legittimazione dello Stato: il principio della sovranità popolare sta a significare che nessun governo potrà vantare una legittimazione autonoma all'esercizio delle massime funzioni statuali, ma dovrà, invece, poter contare su una legittimazione proveniente dall'unico soggetto (il popolo) che, in quanto titolare della sovranità, è in grado di attribuirne l'esercizio ad altri soggetti. Il tentativo dei costituenti fu quello di bilanciare "pesi e contrappesi", affiancando agli istituti tipici della democrazia rappresentativa, istituti tipici della democrazia diretta; ad un autorevole sistema statale centrale, un sistema di autonomie regionali e locali; al primato degli organi rappresentativi della volontà popolare, il ruolo autonomo degli organi di giustizia... In questo senso vanno le disposizioni che definiscono un quadro articolato

di diritti politici (diritto al voto; diritto di partecipare alla determinazione della politica nazionale; diritto di proporre leggi al Parlamento/ai Consigli regionali; diritto di chiedere l'abrogazione di leggi del Parlamento/delle Regioni). La scelta preliminare è stata quella di configurare in termini sufficientemente analitici e rigidi tutta una serie di diritti e doveri, individuali e collettivi, e di regole di funzionamento delle istituzioni (c.d. "razionalizzazione del potere"), e di delineare numerosi istituti che tendono a far prevalere le disposizioni costituzionali sugli atti e sui comportamenti assunti da contingenti maggioranze politiche → rigidità della Costituzione; funzione di garanzia della Corte Costituzionale; controllo preventivo di costituzionalità da parte del P.D.R.

Lo Stato cessa di essere concepito come soggetto titolare di una somma di poteri la cui legittimazione si lega in definitiva alla sua mera esistenza, per diventare un'entità dinamica, immersa nella dialettica sociale, politica, istituzionale ed economica da cui trae la sua vera legittimazione e che ne configura la fisionomia, secondo le linee-guida fissate dalla Costituzione → RUOLO DELLO STATO = funzione strumentale di garanzia, di pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini e dell'intero consorzio umano. Tutti gli uomini sono individuati come portatori di valori individuali e sociali preesistenti alla stessa organizzazione statale (valori che però trovano nella Costituzione la loro traduzione in posizioni soggettive giuridicamente tutelabili). L'apertura verso i valori del pluralismo sociale non si ferma al riconoscimento delle libertà associative ma si traduce anche nella garanzia dei diritti fondamentali delle formazioni sociali. Il secondo comma dell'art. 3 esprime il superamento dello Stato liberale a favore dello Stato sociale (→ eguaglianza sostanziale). Più in generale, l'art. 1 individua nel lavoro, inteso come contributo che ciascuno dà al progresso materiale e culturale della società italiana, il valore sociale primario (→ c.d. Costituzione economica: libertà sindacale, diritto di sciopero, diritti di proprietà e di libera iniziativa economica, intervento diretto dei pubblici poteri nell'economia).

La disciplina dei diritti di libertà costituisce uno degli aspetti caratterizzanti la forma di Stato: in essa si riassumono, in forma giuridica, gli aspetti essenziali dei reciproci rapporti tra Stato e società civile → all'evoluzione storica delle forme di Stato si accompagna una parallela evoluzione della disciplina delle libertà, inserita direttamente nella Costituzione. Lo svolgimento dei principi che in essa sono affermati è, di regola, riservato alla legge (riserva di legge), mentre l'applicazione alla singola fattispecie concreta dei limiti così definiti è, generalmente, riservata al giudice (riserva di giurisdizione). E l'introduzione del principio della rigidità della Costituzione cambia profondamente il significato della riserva di legge: da strumento di esaltazione dell'autorità/dell'arbitrio della legge, essa diventa strumento di applicazione di una disciplina costituzionale già così articolata e dettagliata da ridurre entro binari predeterminati l'opera del legislatore (riserva di legge rinforzata + principio di tassatività dei limiti). Anche il significato della riserva di giurisdizione si rafforza: alla garanzia formale della sottrazione all'autorità amministrativa del potere di limitare l'esercizio dei diritti di libertà, si aggiunge la garanzia sostanziale rappresentata dal necessario rispetto dei principi costituzionali, relativamente al processo che si svolge davanti al giudice, nonché quelli volti ad assicurarne l'autonomia e l'indipendenza. Inoltre entrano, accanto alle libertà individuali, sia le c.d. libertà collettive [riunione, associazione...] , cioè quelle libertà la cui titolarità spetta sì al singolo, ma che acquistano significato solo attraverso l'esercizio che di esse facciano più soggetti, sia i c.d.

diritti sociali [salute, studio...] e, conseguentemente, una dimensione dei diritti di libertà orientata non solo verso l'individuo, in quanto tale, ma verso l'individuo in quanto parte della società e delle sue varie articolazioni, in quanto soggetto partecipe della vita democratica del Paese. Infine, la qualificazione dei diritti fondamentali come "inviolabili" vale a sottrarne la disciplina (o quanto meno quella del loro nucleo essenziale) alla stessa funzione di revisione costituzionale (→ COSTITUZIONE DI GARANZIA = fonte di diritti fondamentali e assegnataria allo Stato del ruolo di tutelarli e COSTITUZIONE-PROGRAMMA = tavola di valori volta a tracciare le linee direttive della successiva azione dei pubblici poteri).

Ma diritti e doveri spettano anche, secondo la Costituzione, agli stranieri e agli apolidi che risiedono sul territorio della Repubblica; ovviamente non si tratta di una posizione paritaria rispetto a quella dei cittadini, ma sicuramente tutelata almeno per quanto riguarda le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali (in particolare: eguaglianza) → Dunque, salvi i diritti politici e ben potendo la legge prevedere differenziazioni ragionevoli in relazione alla specifica posizione degli stranieri, in linea di principio, tutti i diritti di libertà vanno riconosciuti anche agli stranieri, e lo stesso può dirsi quanto all'imposizione di doveri, salvo il dovere di difesa e di fedeltà alla Repubblica. Questa tendenza alla progressiva parificazione stranieri-cittadini quanto alla titolarità dei diritti sta investendo anche la sfera dei diritti politici, in particolare il diritto al voto (affermato per gli stranieri comunitari). Deve, poi, ritenersi inoperante, per il riconoscimento della titolarità dei diritti fondamentali allo straniero, la clausola di reciprocità (art. 16 Preleggi). Quanto ai diritti, vengono riconosciuti allo straniero tutti 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, il diritto di partecipare alla vita pubblica, la parità di trattamento in materia di giurisdizione e di accesso ai pubblici servizi... Quanto agli obblighi, essi attengono, innanzitutto, al rispetto di quelli previsti dalla legge in ordine all'ingresso e alla permanenza sul territorio nazionale. Nel caso di violazione degli obblighi disciplinati dalla legge, si prevede la sanzione dell'espulsione amministrativa, la quale, però, non può essere disposta verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche... ed è vietata per minori donne in stato di gravidanza o che abbiano appena partorito. La legge disciplina inoltre la regolazione dei flussi migratori. Una disciplina particolare riguarda l'accoglienza dei rifugiati (= cittadini stranieri che per il timore fondato di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o opinione politica, si trovino fuori dal territorio del Paese di cui abbiano la cittadinanza e non possano/non vogliano – a causa di tale timore – avvalersi della protezione di tale Paese); lo stesso status, per le stesse ragioni, è riconosciuto anche agli apolidi. In ogni caso, gli atti di persecuzione, in qualsiasi forma, devono essere sufficientemente gravi, per la loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali. Lo status di rifugiato non può essere riconosciuto agli stranieri che: a) già fruiscono della protezione/assistenza di un'organizzazione o di un'istituzione dell'ONU; b) abbiano commesso crimini di guerra/crimini contro la pace/crimini contro l'umanità; c) abbiano commesso al di fuori del territorio italiano un reato grave o atti particolarmente crudeli; d) si siano resi colpevoli di atti contrari alle finalità e ai

principi delle Nazioni Unite; e) siano stati condannati per reati gravi o che potrebbero costituire pericolo per la sicurezza dello Stato. Analoga disciplina è prevista nel caso di protezione sussidiaria, riconosciuta allo straniero per il quale non ricorrono i requisiti di riconoscimento dello status di rifugiato, ma nei cui confronti sussistano fondati motivi di ritenere che, in caso di ritorno nel Paese d'origine, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave pregiudizio. Ancora diversa è la situazione disciplinata per lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, il quale ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Il Trattato di Maastricht sull'U.E. ha introdotto, poi, una nozione di cittadinanza europea, la quale si acquista in virtù del possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri e comporta il riconoscimento di una serie di diritti che, al di là della libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio di tali Stati, riguardano il diritto alla tutela da parte di autorità diplomatiche di uno qualunque degli Stati membri, qualora il cittadino europeo si trovi sul territorio di un Paese terzo, il diritto di rivolgere petizioni al Parlamento europeo, nonché il diritto a ricorrere al mediatore. Ma la novità più importante, sotto questo profilo, è rappresentata dal riconoscimento ai cittadini europei dell'elettorato attivo e passivo nello stato in cui si risiede per ciò che attiene alle elezioni comunali e a quelle per il Parlamento europeo, alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato di Residenza. Nel complesso, la cittadinanza europea presenta ancora un carattere derivato e complementare rispetto alla cittadinanza nazionale, dato che essa non intende sostituirsi a quest'ultima, ma solo conferire nuove prerogative ai suoi titolari. Infine il Trattato di Lisbona iscrive il nuovo istituto in un quadro normativo generale nel quale, per la prima volta, l'impegno a garantire la tutela dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee e degli Stati membri trova la sua codificazione, mediante l'adozione di un vero e proprio catalogo di diritti.

Una delle caratteristiche fondamentali della Costituzione repubblicana è quella di avere accolto il principio della tassatività dei limiti all'esercizio di libertà, cui corrisponde il fondamentale principio ermeneutico della *presunzione della massima espansione delle norme costituzionali*, in questa materia. Tale principio significa interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo: i diritti nascono così come li raffigura il diritto positivo, coi soli limiti che la stessa Costituzione pone nel mentre li raffigura, oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto.

La personalità individua e catalizza in sé i diritti inviolabili e i doveri inderogabili a cui fa riferimento l'art. 2: per dare sostanza alla titolarità dei diritti è necessario avere la capacità giuridica, ovvero la capacità di essere titolare di rapporti giuridici. Quest'ultima può condizionare il godimento in concreto di alcuni diritti fondamentali: mentre ha ragione di esistere la fattispecie normativa in virtù della quale Tizio, per il solo fatto di essere stato concepito o di essere nato, può essere "qualificato" erede o proprietario pur senza avere la sia pur minima capacità di intendere e di volere, sarebbe priva di senso quella (ipotetica) fattispecie normativa che qualificasse Tizio come titolare del diritto di manifestare il pensiero o di riunione, prima ancora che esso sappia e possa

comunicare o muoversi. E mentre per i rapporti patrimoniali è possibile esercitare un diritto per il tramite di rappresentanti (legali o volontari), i diritti costituzionali di libertà sono, per definizione, "personalissimi" e quindi NON idonei ad essere trasferiti o ad essere esercitati da altri! → Per il godimento dei diritti fondamentali è necessario disporre di una capacità, almeno potenziale, di compiere le attività materiali nelle quali dette libertà si estrinsecano. Tra i limiti all'esercizio dei diritti fondamentali, legati alla capacità giuridica, emerge in primo luogo l'età; arrivano poi quelli derivanti da particolari status degli stranieri, nonché dalle c.d. situazioni di soggezione speciale. Queste ultime riguardano, infatti, quelle ipotesi di ridotta capacità giuridica, dovuta all'inserimento del soggetto, per volontà propria o per obbligo, in strutture preposte al perseguimento di finalità (sempre di rilevanza costituzionale), che richiedono particolari restrizioni a suo carico: militari; detenuti; malati.

La rilevanza del concetto di capacità giuridica e di cittadinanza è ribadito in Costituzione dall'art. 22, ai sensi del quale "nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome". Eccezioni a tale disposizione può essere considerata (non più la XIII disp. finale – Casata Savoia – , ma solo) XIV disp. finale della Costituzione: anche secondo la giurisprudenza, l'usurpazione da parte di terzi del predicato nobiliare, ormai incorporato nel cognome di un soggetto, non integra una lesione del diritto al nome di quest'ultimo, dato che tale predicato attiene ad una dimensione che presuppone una rilevanza giuridica del titolo nobiliare, esclusa da ogni tutela giurisdizionale nell'ordinamento italiano.

Per quanto riguarda i limiti ai diritti fondamentali espressamente previsti dalla Costituzione, si suole distinguere tra limiti generali e limiti speciali: i primi sono riconducibili alla necessità come fonte del diritto ed ai vari obblighi di carattere generale rinvenibili nel testo costituzionale che gravano sul soggetto e sulle formazioni sociali dei diritti inviolabili; i secondi sono quelli che risultano dalle singole disposizioni costituzionali che disciplinano i diversi diritti di libertà. Prima di affrontare il tema della necessità come fonte de diritto è opportuno fare riferimento alla deliberazione parlamentare dello stato di guerra: questa determina l'applicazione di norme costituzionali espressamente dettate per l'ipotesi dello stato di belligeranza; lo stato di guerra, infatti, può produrre compressioni, potenzialmente anche assai gravi, ai diritti fondamentali (proroga delle Camere; giurisdizione dei tribunali militari; deroga all'impugnabilità in Cassazione delle sentenze dei tribunali militari). In ogni caso, l'art. 78 ("Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari") deve essere interpretato alla luce del principio fondamentale dell'art. 11 (ripudio della guerra come strumento di offesa). Venendo ad affrontare il tema della necessità, quando si parla di necessità come fonte del diritto si allude a quelle situazioni di emergenza che determinano, in nome della *salus rei publicae*, nuove forme non previste dall'ordinamento ed in contrasto con quelle collocate sul gradino più alto della scala gerarchica, come quelle costituzionali. La nostra Costituzione non contiene alcuna disposizione che disciplina le situazioni di necessità straordinarie, eccezionali, dalle quali possono nascere limitazioni ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (salvo quanto detto sullo stato di guerra). Questa assenza di una normativa costituzionale volta a regolare situazioni di emergenza costituzionale è stata variamente interpretata dalla dottrina; e la tesi presa in considerazione, almeno implicitamente, dalla Corte

costituzionale è quella della possibilità del ricorso ad appositi decreti-legge, in quanto atti adottati in casi straordinari di necessità ed urgenza → la ratio dell'emergenza può legittimare "misure insolite" che, tuttavia, perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo. Strumenti del genere sono poi le ordinanze di necessità e di urgenza: provvedimenti amministrativi adottati per fronteggiare situazioni di grave pericolo (per: ambiente, salute, incolumità dei cittadini...). Caratteristica di questi atti ad efficacia temporanea è quella di poter derogare anche alle prescrizioni legislative vigenti, con l'unico limite rappresentato dai principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato. Accanto a questo tipo di ordinanze di urgenza, la più recente legislazione, relativa ad eventi calamitosi o comunque ritenute dallo stesso legislatore di gravissima necessità, ha affiancato un tipo di ordinanze con le quali diverse autorità amministrative possono intervenire, anche in deroga ad ogni altra norma contraria, e nel solo rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, per conseguire gli obiettivi più vari.

Al riconoscimento dei diritti fondamentali il Costituente ha inteso legare indissolubilmente l'adempimento di alcuni doveri di solidarietà politica, economica e sociale che, in quanto tali, fungono da limiti generali all'esercizio dei diritti: il dovere al lavoro, l'obbligo di prestazioni personali e patrimoniali, il dovere (civico) di voto, il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi. Il che non implica che altre prestazioni obbligatorie non possano essere imposte dalla legge ordinaria.

Si è molto discusso circa la possibilità di annoverare tra i limiti generali all'esercizio dei diritti di libertà quello dell'ordine pubblico. La Costituzione non lo menziona e tuttavia la Corte costituzionale ha ritenuto operante tale limite, sia pure nell'accezione di "ordine pubblico costituzionale", volto a tutelare la pacifica convivenza sociale e a consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo.

Arrivano poi i limiti speciali, che operano soltanto nei confronti dei diritti di libertà in cui essi sono espressamente previsti:

- A) SICUREZZA PUBBLICA → punta a consentire l'esercizio di attività finalizzate alla prevenzione dei reati. Esso limita: libertà di circolazione/soggiorno; libertà di riunione; libertà di iniziativa economica privata.
- B) SANITA' e INCOLUMITA' PUBBLICA → deve essere interpretato in stretto collegamento con la tutela del diritto alla salute assicurato dall'art. 32, Cost. Più in particolare, esso si collega a quell'accezione del diritto alla salute intesa non solo come "diritto dell'individuo", ma anche come "interesse della collettività". Esso limita: libertà di domicilio; libertà di circolazione/soggiorno. Giustifica: trattamenti sanitari obbligatori.
- C) BUON COSTUME → è l'unico espressamente previsto nei confronti della libertà di manifestazione del pensiero in ognuna delle sue diverse accezioni. Si ritiene che siano escluse dall'ambito di operatività del limite in parola solo le manifestazioni del pensiero collegate alla scienza ed all'arte. Sulla base degli sviluppi della giurisprudenza, nonché dei contributi della dottrina, è stata definitivamente abbandonata una nozione di buon costume ampia e riferita genericamente alla c.d. "morale comune" o "etica sociale", mentre se ne è

affermata una più restrittiva, riferita esclusivamente alla sfera del pudore sessuale, con particolare riferimento alla speciale tutela dello sviluppo della personalità dei minori.

- D) DIGNITÀ UMANA → si collega strettamente al canone fondamentale dell'art. 2 Cost. e deriva dal principio personalistico che permea tutta la prima parte della Costituzione: divieto di ogni violenza fisica/morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà, rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari obbligatori, limite all'iniziativa economica privata.
- E) INTERESSE PATRIMONIALE DELLO STATO → in generale, è da ritenersi operante in tutte quelle disposizioni attraverso le quali lo Stato esercita una funzione perequativa, in vista della realizzazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale: dovere di adempiere alle prestazioni patrimoniali imposte dalla legge; dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva; limitazioni alla libertà di domicilio; espropriazione, salvo indennizzo, di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia.

Il sistema di tutela dei diritti fondamentali è assai articolato e può essere distinto in due categorie di strumenti: da un lato, quelli azionabili di fronte alle lesioni cagionate dai pubblici poteri, dall'altro quelli azionabili di fronte alle lesioni dovute a comportamenti dei privati. Nella prima categoria occorre inoltre distinguere a seconda del soggetto pubblico che ha commesso l'abuso:

- A) LEGISLATORE → lo strumento principale di tutela è costituito dal controllo di legittimità costituzionale, che consente l'impugnazione di una legge ordinaria, o di un atto avente valore di legge, con un contenuto contrario ai principi costituzionali in materia di diritti di libertà davanti alla Corte costituzionale; dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento, la norma impugnata non può più avere applicazione. Nel corso della sua attività, la Corte si è dotata di particolari tecniche decisorie, che le hanno consentito di andare molto al di là della schematica distinzione tra sentenza di accoglimento o di rigetto. Tra queste vanno richiamate il ricorso al parametro della ragionevolezza della legge, nonché il ricorso al giudizio sul bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti. A quest'ultimo riguardo la Corte ha affermato che, nel caso di conflitto tra interessi, entrambi costituzionalmente rilevanti, il bilanciamento che di essi opera il legislatore deve comunque rispettare il criterio della proporzionalità, nel senso che la compressione dell'uno – a favore dell'altro – non può mai risolversi nella lesione del contenuto essenziale del medesimo, inteso come la misura minima al di sotto della quale si determinerebbe una situazione costituzionalmente inammissibile (→ Corte: auto-attribuzione di un ruolo di seconda istanza nell'operare il bilanciamento tra interessi contrapposti). In ogni caso, il sistema di giustizia costituzionale vigente in Italia permette un intervento del giudice costituzionale solo successivo all'entrata in vigore della legge e solo nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale sia ritenuta rilevante e non manifestamente infondata dal giudice a quo. L'unica forma di controllo preventivo prevista dal nostro ordinamento è esercitata da P.D.R., in sede di promulgazione, che è appunto atto di esercizio di un potere di controllo in ordine alla conformità alla Costituzione della legge

votata dal Parlamento (→ rinvio alle Camere). Sempre alla Corte spetta il compito di garantire il rispetto dei limiti fondamentali anche di fronte ad abusi del legislatore derivanti da meri comportamenti omissivi (es. mancata attuazione di norme costituzionali programmatiche) → c.d. “sentenze additive di prestazione”. Infine, un problema rilevante è costituito dalle possibili lesioni ai diritti di libertà operate da una legge di revisione costituzionale: la giurisprudenza costituzionale ha, infatti, riconosciuto l'esistenza di un nucleo di “principi supremi”, tra i quali il contenuto essenziale della disciplina dei diritti di libertà che, per loro natura, non sono suscettibili di subire alterazioni e modifiche nemmeno attraverso il procedimento di revisione costituzionale.

B) GOVERNO e PUBBLICA AMMINISTRAZIONE → gli abusi commessi in questo campo possono derivare o dagli atti limitativi dei diritti fondamentali, nell'ipotesi di proclamazione di stato di guerra, ovvero dagli atti adottati nell'esercizio dei suoi poteri straordinari. Quanto agli abusi del primo tipo, i rimedi saranno quelli del ricorso al giudice per violazione da parte dell'Esecutivo dei limiti ai poteri straordinari ad esso conferiti dal Parlamento in sede di proclamazione dello stato di guerra; quanto agli abusi del secondo tipo, gli strumenti di tutela dipendono dalla natura (normativa o amministrativa) dell'atto adottato dal Governo. Per quanto attiene agli atti normativi primari (decreti legislativi e decreti legge), gli strumenti di tutela sono del tutto analoghi a quelli previsti per le leggi: in quanto atti aventi forza di legge, essi sono impugnabili di fronte alla Corte costituzionale e, ancor prima della loro emanazione, sono soggetti al controllo del P.D.R. Ma il ricorso ad atti normativi aventi forza di legge da parte del Governo può comportare abusi anche su altro versante, ossia quello di una sostanziale violazione del principio della riserva di legge, intesa come riserva al Parlamento. Ma in questo caso, la Corte ha affermato di poter giudicare della “evidente mancanza” dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, sia in riferimento al decreto legge, che alla stessa legge di conversione di un decreto legge adottato al di fuori dell'art. 77. Per quanto riguarda i poteri normativi secondari del Governo (regolamenti), il procedimento di formazione degli stessi, prevede che essi siano deliberati dal Consiglio dei Ministri, previo parere del consiglio di Stato; siano emanati con decreto del P.D.R. e sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei conti. Il contenuto dei regolamenti è poi soggetto al sindacato di legittimità successivo, esercitato dai giudici comuni (ordinari ed amministrativi). I regolamenti sono invece esclusi dal sindacato di legittimità costituzionale della Corte, non rientrando tra le leggi o gli atti aventi forza di legge dello Stato, su cui essa si può pronunciare. Infine, un'ultima ipotesi di possibili abusi a danno dei diritti fondamentali da parte dell'Esecutivo (e, in generale, della Pubblica Amministrazione) riguarda l'adozione di provvedimenti amministrativi: in questo caso, la tutela è assicurata principalmente dal sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi. Nel nostro sistema, affermato il principio per cui “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, la cognizione delle controversie in cui è parte la P.A. è suddivisa fra la magistratura ordinaria, competente nei casi in cui si lamenti la lesione di diritti soggettivi, e la magistratura amministrativa, competente nei casi in cui si lamenti la lesione degli interessi legittimi (e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti

soggettivi). Il giudice amministrativo può annullare il provvedimento amministrativo, mentre il giudice ordinario può solo disapplicarlo nel caso concreto sottoposto al suo giudizio.

C) GIUDICI →

- 1) DIRITTO ALLA DIFESA: diritto per tutti di agire in giudizio + mezzi necessari alla difesa per i non abbienti. La stessa Corte costituzionale ha eliminato le “strozzature” presenti nell’ordinamento vigente che si opponevano al suo pieno dispiegarsi: ha dichiarato l’illegittimità della clausola solve et repete in campo tributario (la quale subordinava l’ammissibilità de ricorso giurisdizionale contro l’amministrazione finanziaria al previo pagamento dell’imposta); ha eliminato il divieto di essere assistiti dal difensore per i coniugi che compaiono davanti al giudice per il giudizio di separazione; ha, invece, escluso che diritto alla difesa significhi, nel processo penale, oltre che diritto a farsi assistere da un difensore, anche diritto all’autodifesa (→ presenza del difensore = indispensabile ad assicurare l’esercizio del diritto in questione e il regolare e corretto esercizio della funzione giurisdizionale).
- 2) GIUDICE NATURALE PRECOSTITUITO PER LEGGE: “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge” + “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali” = divieti rivolti al legislatore ordinario che mirano ad assicurare al cittadino la terzietà, e quindi l’imparzialità, del giudice. Con il primo principio, si garantisce la previa costituzione del giudice competente a decidere la controversia; con il secondo principio, si vieta la costituzione di organi giudicanti ex post, successivamente, cioè, al verificarsi dei fatti sottoposti al giudizio, ovvero di organi giudicanti con competenze speciali, in quanto riferite a specifiche materie. L’art. 102, Cost. ammette SOLO la possibilità di istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali ordinari, con l’eventuale partecipazione di membri non togati. Un altro principio costituzionale attinente all’organizzazione del potere giudiziario è quello secondo cui “la legge disciplina i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia. Inoltre, altri elementi importanti in questo senso si riscontrano sul versante dei rapporti tra giudici ed altri poteri dello Stato (indipendenza esterna), nonché sul versante dei rapporti tra i singoli magistrati e la struttura organizzativa nell’ambito della quale essi esercitano le loro funzioni (indipendenza interna). Sotto il primo profilo, la Costituzione prevede, con riferimento ai giudici ordinari, l’istituzione di un organo ad hoc, il Consiglio superiore della magistratura, espressivo delle varie componenti presenti all’interno del corpo dei giudici ordinari (oltre che di una componente di origine parlamentare), al quale sono state conferite una serie di funzioni di natura amministrativa (funzioni, assegnazioni, trasferimenti di sede, promozioni) e di natura giurisdizionale (procedimenti disciplinari), in precedenza spettanti al Ministro di grazia e giustizia: con tale previsione si è inteso sottrarre definitivamente al Ministro, e quindi all’Esecutivo, una serie di delicate funzioni, suscettibili di essere esercitate in modo distorto al fine di condizionare indebitamente l’imparziale svolgimento della funzione giurisdizionale. Sotto il secondo profilo, la Costituzione stabilisce l’inamovibilità (divieto di procedere a dispensa/sospensione dal

servizio/destinazione ad altra sede o funzione, se non in seguito ad una decisione del C.S.M. adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il consenso dell'interessato) e il divieto di operare distinzioni tra i magistrati, se non in ragione della diversità di funzioni ad essi assegnate.

- 3) IRRETROATTIVITA' DELLA LEGGE PENALE. tale principio sta a significare che l'azione repressiva dello Stato può essere legittimamente esercitata solo se siano stati preventivamente disciplinati, con legge, i comportamenti che sono passibili di sanzione penale, cosicché tale azione non possa trasformarsi in arbitraria limitazione delle libertà, ed in particolare della libertà personale, dei cittadini. La materia penale è l'unica nella quale il Costituente ha provveduto ad un'espressa costituzionalizzazione del principio di irretroattività della legge.
- 4) PERSONALITA' DELLA RESPONSABILITA' PENALE. con tale principio il Costituente ha inteso impedire che il cittadino potesse essere chiamato a rispondere per un fatto altrui.
- 5) PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA: si traduce in una precisa direttiva rivolta al legislatore ordinario e, più precisamente, in quella di regolamentare i procedimenti e gli istituti processuali in modo tale da evitare che il soggetto coinvolto nella vicenda processuale debba subirne degli effetti negativi anticipati rispetto al momento dell'accertamento di specifiche responsabilità (presupposti delle misure cautelari; varietà delle misure adottabili; fissazione dei termini massimi della carcerazione preventiva).
- 6) RICORSO IN CASSAZIONE CONTRO LE PRONUNCE SULLA LIBERTA': è valida sia per i provvedimenti adottati dagli organi giurisdizionali ordinari, sia per quelli degli organi speciali (può essere derogata solo per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra). Inoltre. L'imputato può proporre richiesta di riesame anche nel merito dell'ordinamento che dispone una misura coercitiva davanti al tribunale del luogo nel quale ha sede la Corte d'appello o la sezione distaccata della Corte d'appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza (c.d. Tribunale della libertà).
- 7) GIUSTO PROCESSO: esso attiene al rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale; alla garanzia di una ragionevole durata dei processi; alla garanzia, nel processo penale, per la persona accusata di un reato, del diritto ad essere informata, nel più breve tempo possibile e in maniera riservata; al diritto ad avere il tempo e le condizioni necessarie ad apprestare la propria difesa; alla facoltà di interrogare o fare interrogare sia coloro che hanno reso dichiarazioni a suo carico, sia le persone a sua difesa, in condizioni di parità con chi sostiene l'accusa; al diritto di acquisire ogni mezzo di prova a suo favore; al diritto di assistenza, se del caso, da parte di un interprete; alla garanzia del contraddittorio nella formazione della prova; sempre nel processo penale; alla garanzia del rigoroso rispetto del principio di non colpevolezza a fronte di dichiarazioni rese da persona che successivamente si sottragga, per libera scelta, all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore.

- 8) RIPARAZIONE DELL'ERRORE GIUDIZIARIO: se in dottrina e giurisprudenza si era già da tempo affermato un indirizzo interpretativo volto a considerare la riparazione dell'errore giudiziario come diritto soggettivo, esercitabile indipendentemente dalle condizioni patrimoniali dell'interessato, e diretto ad ottenere un risarcimento tanto del danno materiale, quanto del danno morale subito dalla vittima dell'errore, un significativo ampliamento della portata del diritto è contenuto nel nuovo codice di procedura penale. Quanto alla responsabilità civile dei giudici, da tenere distinta dalla responsabilità disciplinare, essa riguarda i casi in cui il giudice è chiamato a rispondere personalmente del danno ingiustamente recato al soggetto sottoposto alla sua giurisdizione, nell'esercizio della medesima (dolo o diniego di giustizia; omissione o ritardo a compiere gli atti del ministero; colpa grave = grave violazione di legge determinata da un comportamento inescusabile/adozione di un provvedimento limitativo della libertà personale al di fuori dei casi previsti dalla legge e senza motivazione). L'azione di risarcimento del danno è proponibile anche contro lo Stato, che ha comunque diritto di rivalsa nei confronti del giudice ritenuto responsabile.

Per quanto riguarda, invece, le violazioni ai diritti fondamentali poste in essere dai privati, la tutela contro queste è in primo luogo di tipo penalistico, alla quale si deve aggiungere quella civilistica, restitutoria o risarcitoria. In molti casi la tutela contro le lesioni dei diritti di libertà ad opera dei privati è assicurata dai giudici attraverso la diretta applicazione di norme costituzionali (es. in materia di lavoro).

Per quanto concerne, poi, il diritto di resistenza, il mancato inserimento di quest'ultimo nella Costituzione non significò un rifiuto dei valori ad esso sottesi o, comunque, negazione del dovere etico di opporsi alla soppressione dei diritti fondamentali o del principio democratico. E parte della dottrina ritiene comunque esistente nel nostro ordinamento il diritto di resistenza o quale corollario del principio di sovranità, o quale ultima risposta ad un'esigenza di tutela dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale che non trovi rimedio nei normali strumenti di garanzia giurisdizionale/di controllo positivamente previsti.

La Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali prevede un articolato sistema di garanzia giurisdizionali che assistono la tutela dei diritti fondamentali. Tali garanzie si fondano tutte sul principio dell'art. 13 CEDU, il quale riconosce ad ogni individuo, che lamenta una violazione dei diritti e delle libertà sanciti nella Convenzione, il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un tribunale nazionale. La Corte europea dei diritti ha avuto modo di chiarire che il diritto ad un ricorso effettivo è l'elemento fondamentale attraverso cui si assicura che il meccanismo di salvaguardia instaurato dalla Convenzione rivesta un ruolo sussidiario rispetto alla tutela nazionale delle libertà fondamentali, perché solo dopo il previo esaurimento dei ricorsi interni è possibile adire il giudice sopranazionale. I ricorsi devono essere "effettivi" nel senso di assicurare che vi sia una sede giurisdizionale per far valere il diritto leso e che il loro esercizio non venga ostacolato da azioni o omissioni delle autorità nazionali. Le garanzie giurisdizionali per la tutela dei diritti fondamentali trovano la loro compiuta disciplina nell'art. 6 della Convenzione, il quale prevede che ogni individuo

ha diritto a vedere esaminata la propria causa equamente e pubblicamente da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, ed ha diritto che tale causa si decida entro un termine ragionevole (sia per quanto riguarda cause civili che per cause penali). Inoltre, l'interessato deve essere informato nel più breve tempo possibile della natura dell'accusa a suo carico e deve poter disporre del tempo per predisporre i propri mezzi di difesa. L'accusato ha diritto all'assistenza di un difensore e, se non ha i mezzi economici per permetterselo, deve poter godere del gratuito patrocinio. Infine, all'accusato è riconosciuto espressamente il diritto di far esaminare i testimoni a suo carico, di ottenere la convocazione di quelli che rendono dichiarazioni a discarico e di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende la lingua usata in udienza. Dall'art. 6 si evince che le garanzie giurisdizionali previste dalla Convenzione per permettere l'effettività della tutela dei diritti fondamentali attengono a tre fondamentali profili:

- A) DIRITTO ALLA DIFESA → costituisce un elemento fondamentale dell'equo processo e può essere limitato, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, solo ove tale restrizione risulti essere assolutamente necessaria. E' necessario, innanzitutto, che le parti godano del diritto di accesso al giudizio, ossia che sia sempre garantito a ciascuno di poter far decidere ad un tribunale la fondatezza delle proprie pretese o l'infondatezza delle contestazioni mosse a proprio carico. Altro aspetto qualificante è il riconoscimento alle parti processuali del diritto di godere dell'assistenza di un difensore, si tratti di un procedimento civile, amministrativo o penale. L'interessato non perde tale garanzia per il fatto di essere assente al dibattimento. Gli Stati devono adottare tutte le misure necessarie per assicurare ai soggetti meno abbienti che ne facciano richiesta una difesa giudiziaria effettiva.
- B) GIUSTO PROCESSO → presuppone, oltre l'effettività del diritto di difesa, anche il pieno riconoscimento del contraddittorio e la ragionevole durata del giudizio. Strumentale rispetto alla pienezza del contraddittorio processuale è, innanzitutto, il principio della necessaria pubblicità delle udienze; ma tale principio non si ferma qui: lo scopo è far sì che il giudice si possa pronunciare sulla fondatezza della questione solo dopo che l'interessato ha potuto difendersi in modo adeguato, esponendo tutte le proprie ragioni di fatto e di diritto, anche in controp replica rispetto a quelle prodotte contro di lui. Ancora, il principio del contraddittorio implica che all'imputato va riconosciuto il diritto di sottoporre ad esame i testimoni alla presenza del giudice, con la conseguenza che ogni mutamento della composizione del tribunale implica la rinnovazione dell'audizione dei testimoni. → Il contraddittorio comporta il principio della parità delle armi, che esige che ciascuna parte si veda offrire la ragionevole possibilità di agire in giudizio, in condizioni che non la pongano in una situazione di svantaggio rispetto all'avversario processuale. La Corte, comunque, ha chiarito l'art. 6 non garantisce all'imputato un diritto illimitato ad ottenere la comparizione dei testimoni, dovendo il diritto al contraddittorio essere bilanciato con la protezione della vittima, soprattutto nei casi concernenti crimini di natura sessuale, in particolar modo quando i testimoni sono minorenni. Per quanto riguarda, invece, la ragionevole durata del processo, essa investe tutti i profili processuali del giudizio, sia giurisdizionali che normativi. Tale principio, infatti, deve ritenersi rivolto, in primis, al giudice, ma anche a tutti gli altri

protagonisti del processo (le parti) e al legislatore ordinario. Il principio deve trovare stretta applicazione in particolare nel procedimento penale, in quanto il ritardo contamina l'efficacia dello stesso, sia recando "danno" all'imputato, in quanto ne va della sua libertà personale, sia nuocendo alle vittime. La ragionevole durata, però non può andare a discapito del diritto di difesa. Quanto ai profili applicativi del principio, la Corte europea è intervenuta sia sul dies a quo del termine ragionevole, sia sulla ragionevolezza della durata: a proposito del primo aspetto, ha affermato che il termine inizia a decorrere dal momento in cui la persona viene accusata e subisce gli effetti pregiudizievoli di tali sospetti; in relazione al secondo aspetto, ha chiarito che essa deve essere valutata facendo riferimento in particolare al comportamento del ricorrente e delle autorità competenti, non potendosi individuare una durata in astratto ragionevole. La giurisprudenza europea ha poi sottolineato che, qualora al cittadino sia riconosciuto un ristoro economico (per irragionevole durata), se lo Stato ritarda ad ottemperare, è irragionevole imporre al ricorrente di intraprendere un nuovo ricorso per ottenere la riparazione. La Corte ha, inoltre, chiarito che la soddisfazione delle pretese risarcitorie deve essere garantita entro sei mesi dall'esecutività delle sentenze che riconoscono il ristoro ed ha invitato lo Stato italiano ad intervenire per far fronte a tale situazione emendando la disciplina vigente ed istituendo un fondo ad hoc per il risarcimento di tali danni.

- C) PRECOSTITUZIONE DEL GIUDICE NATURALE → intesa come fondamentale strumento di imparzialità, terzietà ed indipendenza del giudice, ma non della pubblica accusa, essendo essa stessa "parte" processuale. E' importante che il soggetto giudicante non solo sia, ma appaia anche, imparziale, perché è fondamentale in una società democratica che gli organi giudiziari ispirino fiducia.

Nell'ambito del sistema dei diritti dell'Unione europea l'art. 47 della Carta di Nizza afferma che ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, in udienza pubblica e da un giudice naturale, indipendente e imparziale; l'articolo riconosce, inoltre, il diritto di farsi consigliare, difendere e rappresentare, anche mediante patrocinio gratuito, qualora necessario. Il successivo art. 48 esplicita, poi, la presunzione di innocenza dell'imputato fino a che non sia legalmente provata la sua colpevolezza e vi riconnette il diritto di difesa. → Anche nell'ambito UE le garanzie giurisdizionali per l'effettività della tutela dei diritti fondamentali si articolano nei tre fondamentali momenti già trattati:

- A) DIRITTO ALLA DIFESA → esso figura tra i diritti fondamentali che emergono dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e occupa una posizione di preminente rilievo per lo svolgimento di un processo equo, tanto da dover essere comunque garantito indipendentemente da qualsiasi previsione normativa. Ad esso possono essere applicate delle restrizioni, a patto che siano conformi ad obiettivi di interesse generale e che non siano manifestamente sproporzionate rispetto all'altro imprescindibile valore rappresentato dalla corretta amministrazione della giustizia. Anche in ambito UE il diritto di difesa è innanzitutto diritto di avere una difesa tecnica capace di operare con tutta la libertà necessaria alla tutela dei diritti azionati in giudizio. Inoltre, ogni soggetto, nei cui confronti

deve essere presa una decisione giudiziaria che può recargli "danno" deve poter esprimere le proprie ragioni al riguardo, per cui deve sempre essere garantito il tempo minimo per apprestare le difese. Secondo la CGUE, poi, l'organo designato a conoscere dei ricorsi avverso le decisioni delle autorità nazionali deve poter disporre di tutte le informazioni necessarie al fine di esaminare la fondatezza del discorso, pur garantendo il trattamento riservato dei dati; sempre secondo la CG, l'accusato deve essere informato della natura e dei motivi dell'accusa in modo dettagliato e in una lingua a lui comprensibile. Ancora, il diritto di difesa comporta che il giudice nazionale, che deve eseguire la sentenza emanata da un organo giudicante di un altro Stato membro, debba verificare se essa sia stata adottata mediante un procedimento rispettoso del diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

- B) GIUSTO PROCESSO → consiste innanzitutto nel principio del contraddittorio e della parità delle armi. Tale principio comporta, tra le altre cose, il diritto alla prova contraria, anche al fine di superare le presunzioni legali. Altro corollario di tale principio è costituito dal diritto di accesso ai documenti che si rendono necessari per esercitare il diritto alla prova.
- C) PRECOSTITUZIONE DEL GIUDICE NATURALE → mezzo per affermare la garanzia ad un tribunale indipendente e imparziale. Ciò implica, in particolare, che ogni giurisdizione ha l'obbligo di valutare se la sua composizione le permette di rispettare i canoni di indipendenza ed imparzialità, al fine di garantire che in una società democratica il giudice ispiri fiducia nelle parti.

CAPITOLO 4 – LA TUTELA INTERNAZIONALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

A partire dall'immediato secondo dopo guerra, varie tendenze alla tutela dei diritti fondamentali si sono affermate sul piano del diritto internazionale. Ne è una prima testimonianza la Carta delle Nazioni Unite del '45 che, nell'enunciare le finalità generali dell'ONU, allude espressamente al mantenimento della pace mondiale e alla tutela dei diritti dell'uomo, nonché all'impegno a risolvere i problemi di natura economica, sociale e culturale dei popoli. E, su questa base, nel '48 verrà approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, sotto forma di risoluzione, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, il cui contenuto ha trovato poi ulteriore specificazione nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del '66, così come la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del '59 è stata all'origine della successiva Convenzione di NY sui diritti del fanciullo dell'89. Le due caratteristiche principali di questi atti internazionali attengono, da un lato, al loro contenuto, dall'altro, al loro valore giuridico. Dal primo punto di vista, essi rappresentano un arricchimento dei tradizionali cataloghi dei diritti di libertà (personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione e soggiorno, di opinione, religiosa, di riunione, di associazione, di voto), a cui si accompagna la previsione della tutela di altre posizioni soggettive, le quali si possono riassumere nella categoria dei c.d. diritti sociali (alla vita, a formarsi una famiglia, al lavoro, ad una retribuzione equa, alla sicurezza sociale, alla salute, all'istruzione, a partecipare alla vita culturale...). Diritti, questi ultimi, che nello stesso periodo cominciano ad apparire anche nelle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, ispirate al modello della forma di Stato sociale. Dal secondo punto di vista, tali atti, quanto alla loro effettiva applicazione, fanno

interamente affidamento, come tutti i trattati internazionali, sull'azione degli Stati che li hanno sottoscritti e ratificati. Sul piano internazionale, i meccanismi per far valere la responsabilità degli stati firmatari per eventuali inadempimenti sono disciplinati in modo diverso a seconda delle diverse convenzioni, ma si muovono sempre sul terreno della responsabilità politica degli Stati: spesso vengono istituiti appositi organismi incaricati di vigilare sulla corretta applicazione della convenzione e di intervenire, in caso di accertati inadempimenti, con specifiche risoluzioni di denuncia a carico dello Stato responsabile. Anche sul piano del diritto interno, le garanzie di un effettivo rispetto da parte dello Stato degli impegni assunti con la sottoscrizione di una convenzione internazionale sono innanzitutto di ordine politico: comportamenti degli organi di governo apertamente lesivi di quegli impegni possono incidere sulla valutazione del loro operato e riflettersi sull'utilizzazione degli istituti attraverso i quali si fa valere appunto la responsabilità politica. Ma non mancano anche garanzie di ordine giuridico, legate alle regole (in genere di livello costituzionale) che i singoli Stati si sono dati per disciplinare il rapporto tra diritto internazionale e diritto nazionale.

Questo rinnovato interesse del diritto internazionale (ed europeo) nei confronti dei diritti fondamentali potrebbe essere interpretato come l'inizio di una nuova e proficua stagione dei diritti, in grado di estenderne e rafforzarne la tutela, al di là e oltre quella riconosciuta dagli Stati nazionali. Tuttavia non mancano rischi e contraddizioni:

- 1) in primo luogo per quanto riguarda gli strumenti messi in campo dal diritto internazionale per contrastare violazioni generalizzate dei diritti umani poste in essere da uno Stato: da un lato, l'istituzione di *appositi tribunali internazionali*, incaricati di perseguire e reprimere i responsabili di crimini contro l'umanità, dall'altro il ricorso all'*uso della forza*. Due strumenti che appaiono assai lontani l'uno dall'altro, tendendo il primo a valorizzare la funzione di tutela apprestata dal diritto internazionale ai diritti umani, rappresentando, invece, il secondo una palese rottura delle regole previste dalla Carta delle Nazioni Unite in ordine all'uso della forza, nonché del diritto costituzionale nazionale di quei Paesi che hanno espressamente escluso il ricorso alla guerra, se non a scopo strettamente difensivi;
- 2) in secondo luogo, per quanto concerne la difficoltà che, sempre sul piano internazionale, ha incontrato e incontra la riconduzione dei diritti sociali tra i diritti fondamentali, nel quadro di quella visione unitaria che invece le Costituzioni nazionali hanno fatto propria. Fin dall'inizio, infatti, le strade dei classici diritti fondamentali e quella dei diritti sociali si sono separate (da un lato l'ONU, con le sue finalità generali di tutela della pace e dei diritti fondamentali, dall'altra le Istituzioni di Bretton Woods – FMI e Banca mondiale –, il GATT e la WTO, cui vengono demandate finalità di carattere monetario ed economico, direttamente incidenti nella sfera dei diritti sociali. Questa bipartizione non ha impedito che i secondi diventassero oggetto di specifiche convenzioni, ma resta il fatto che essa non ha certo favorito lo sviluppo e il rafforzamento dell'impostazione unitaria fatta propria dai Costituenti del secondo dopoguerra;
- 3) in terzo luogo, per quanto attiene all'utilizzazione ambigua che spesso si fa della locuzione "diritti dell'uomo", che, per un verso, sembra alludere a diritti di stampo giusnaturalista,

intesi in chiave marcatamente individualista, in grado di vivere una loro vita autonoma anche indipendentemente dallo Stato e dalle sue leggi, per altro verso, sembra non tener conto che accomunare sotto quell'etichetta di sapore universalista posizioni soggettive oggi profondamente diversificate significa ignorare che uno dei problemi più gravi e più difficili è proprio quello di fronteggiare una situazione in cui alcuni soggetti/gruppi sociali hanno attirato a sé una somma tale di diritti che richiede NON un arretramento dei pubblici poteri MA, al contrario, un loro intervento volto a cercare nuove garanzie.

Accanto a queste convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti che non contemplano strumenti, a garanzia del loro effettivo rispetto, che operino sul piano giuridico, ne esistono altre che, viceversa, si sono proposte di superare questo limite. In quest'ambito si iscrive, in particolare, a Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sottoscritta nel '50 a Roma dagli Stati membri del Consiglio d'Europa. Al testo originario, si sono aggiunti nel tempo una serie di protocolli addizionali che ne hanno accompagnato l'applicazione, integrandone in parte il contenuto. La CEDU contiene innanzitutto un catalogo, ricco e articolato, dei diritti cui intende assicurare una tutela, insieme alla previsione delle limitazioni che essi incontrano e delle modalità attraverso le quali i medesimi possono legittimamente essere compressi: diritto alla vita, alla libertà personale, al lavoro, alla libertà dagli arresti come seconda accezione della libertà personale, ad un giusto processo come terza accezione della libertà personale, alla presunzione di innocenza sino all'accertamento legale della colpevolezza come quarta accezione della libertà personale, a non essere puniti per fatti che la legge non considerava reati al momento del loro compimento, alla riservatezza, alla libertà di pensiero/di coscienza/di religione, alla libertà di espressione, alla libertà di riunione pacifica e di associazione, a formare una famiglia secondo le leggi nazionali. Ma la vera novità di questa convenzione risiede nel meccanismo posto a presidio dell'effettivo rispetto del suo contenuto: esso prevedeva, originariamente, l'istituzione di due organi, la Commissione europea per i diritti dell'uomo e la Corte europea dei diritti dell'uomo; successivamente al Protocollo di Strasburgo dell'84, si è avuta la fusione in un unico organo della Commissione e della Corte: oggi i ricorsi sono direttamente rivolti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Legittimati a promuovere un ricorso per violazione della Convenzione sono non solo gli Stati contraenti per violazioni addebitabili ad un altro Stato, ma anche i singoli e le persone giuridiche. Le sentenze della Corte, ove accertino una violazione della Convenzione, condannano lo Stato che ne sia ritenuto responsabile e, nel caso in cui gli strumenti di tutela previsti dal diritto interno non assicurino in modo completo l'eliminazione delle conseguenze della violazione denunciata, garantiscono alla parte lesa un'equa riparazione (risarcimento del danno). Al riguardo è da segnalare un importante sviluppo dovuto al Protocollo n. 14 alla CEDU, che si occupa della corretta esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea: non solo si propone di porre termine alla prassi che vede gli Stati condannati a provvedere solo (e spesso con ritardo) all'equo indennizzo del danno subito dal soggetto, senza invece preoccuparsi di esperire ogni tentativo per provvedere alla restitutio in integrum della situazione lesa, ma accentua sotto quest'ultimo profilo i poteri di monitoraggio del Consiglio dei Ministri. Tale protocollo è stato ratificato in Italia nel 2005 e una legge del 2006 prevede un esplicito obbligo del Governo di

provvedere sollecitamente agli obblighi derivanti da una eventuale sentenza di condanna (ove di sua competenza) e di tenere informato il Parlamento sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte europea, per gli adempimenti che invece spettano alle Camere. La Convenzione, oltre all'elenco dei diritti che gli Stati firmatari si impegnano a tutelare, contiene l'espressa indicazione delle ragioni che possono giustificare la legittima limitazione: indicazioni assai generali, che lasciano ai legislatori statali ampi margini di discrezionalità in sede applicativa, c.d. margine di libero apprezzamento degli Stati, che la Corte europea deve considerare nel decidere le controversie che le sono sottoposte e che essa bilancia con un altro criterio per orientare le proprie pronunce, il c.d. consenso esterno, ossia la tendenza legislativa prevalente negli ordinamenti degli Stati firmatari in relazione a quello specifico problema → Si tratta di un sistema di tutela dei diritti di libertà che si pone in funzione non sostitutiva, ma integrativa, dei sistemi di tutela nazionali, che opera quando questi ultimi si siano rivelati inefficaci ad assicurare la soddisfazione degli interessi connessi a diritti elencati nella Convenzione.

Sempre nell'area europea, un altro significativo esempio di tutela sovranazionale dei diritti, accompagnato dalla predisposizione di strumenti giuridici a garanzia del loro effettivo rispetto, è rappresentato dal sistema operante in seno all'UE e che ha trovato oggi il suo punto d'arrivo nel Trattato di Lisbona; si tratta di un sistema diverso da quello CEDU e che ha conosciuto diverse fasi di sviluppo. Come è noto, i trattati istitutivi della Comunità europea non contengono alcun catalogo dei diritti fondamentali, eccetto quei diritti ritenuti strettamente funzionali al perseguimento delle finalità economiche che ne erano il fondamento (libertà di concorrenza, di circolazione, di stabilimento e di prestazione dei servizi). Organo chiamato ad assicurare il rispetto dei diritti ora menzionati è la Corte di giustizia, composta da tanti giudici quanti sono gli Stati membri, e ad essa possono ricorrere, oltre che gli Stati e le Istituzioni dell'Unione, i giudici nazionali (ricorso in via pregiudiziale, per l'accertamento della corretta interpretazione di una norma europea) e i singoli, quando ritengano che un atto dell'Unione leda illegittimamente i loro specifici interessi (in questo caso il ricorso va presentato al Tribunale di primo grado e successivamente, in sede d'appello, alla Corte di giustizia). La Corte ha cominciato a sviluppare un consistente filone giurisprudenziale che segna l'ingresso della giustizia comunitaria anche nel campo della tutela di diritti fondamentali "non nominati" nei trattati, in quanto "essi devono ritenersi ricompresi nei principi generali dell'ordinamento comunitario e dunque pienamente giustiziabili a fronte di possibili violazioni da parte di un atto normativo delle istituzioni comunitarie. Inoltre, nell'esercizio di questa funzione, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, nonché ai trattati internazionali in materia di diritti fondamentali cui gli Stati membri abbiano aderito, e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati. → Viene così ad emergere un modello comunitario di tutela dei diritti fondamentali, intesi come principi, desunti da una serie di materiali normativi, tra cui le tradizioni costituzionali comuni e i diritti garantiti dalla CEDU. E tale impostazione finisce per tradursi in un'apposita disposizione nel Trattato di Maastricht, il cui art. 6, comma 2 recita: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto