

Paolo Caretti - Giovanni Tarli Barbieri

I Diritti fondamentali

Libertà e Diritti sociali



QUINTA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA

Nel quadro dei nuovi ordinamenti didattici universitari, può apparire fuor di luogo proporre a docenti e studenti un manuale dedicato allo studio dei diritti fondamentali delle dimensioni di quello che qui si licenzia. Sono pertanto necessarie due parole per spiegare le ragioni di una scelta non drasticamente riduttiva.

La prima ragione risiede nella convinzione che, per un corso specialistico su questo tema, sia indispensabile fornire agli studenti non solo la necessaria informazione sui principi costituzionali di riferimento, ma anche dei principali sviluppi normativi e di prassi, soprattutto giurisprudenziale, che si sono avuti negli anni che ci separano dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. È di tutta evidenza, infatti, che solo da un adeguato esame di questo ulteriore profilo può desumersi l'effettivo significato normativo delle solenni affermazioni costituzionali.

La seconda ragione, di carattere più generale, risiede nella convinzione che, in questo come in altri settori del diritto positivo, un apprendimento non meramente nozionistico non possa prescindere né da una visione diacronica di regole e istituti (il che spiega il particolare rilievo che si è inteso dare all'esperienza precedente l'entrata in vigore della Costituzione), né da una loro collocazione nel più ampio contesto delle tendenze che vanno affermandosi al di fuori dei confini nazionali (il che spiega l'ultimo capitolo, dedicato ai sistemi di tutela dei diritti di carattere internazionale o soprannazionale). Starà al docente calibrare, nell'economia del corso, l'utilizzazione delle varie parti del volume sia in sede didattica, sia in sede di esame.

PAOLO CARETTI

Novembre 2001

PREMESSA ALLA II EDIZIONE

In un settore come quello della disciplina dei diritti fondamentali l'intervallo di quattro anni che separa la prima da questa seconda edizione ha determinato l'accumularsi di un consistentissimo materiale normativo e giurisprudenziale, di cui non era possibile non dar conto. Naturalmente non di tutto, ma di quello che è sembrato più essenziale: dalle riforme costituzionali intervenute (si pensi all'art. 51, in tema di accesso paritario alle cariche elettive, alla riforma del sistema radiotelevisivo e di quello delle telecomunicazioni e così via. Ma soprattutto non si poteva non tener conto dell'avvenuta approvazione, nell'ottobre del 2004, del nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (ora in attesa di ratifica) che ha nell'incorporazione della Carta dei diritti uno dei suoi elementi principali e che ha suscitato un vivace dibattito tra i costituzionalisti circa i vantaggi, ma anche i rischi di tale innovazione.

Per non gravare ulteriormente un volume, già di per sé molto ampio, si è poi proceduto a qualche taglio e a qualche ristesura di parti che nella prima edizione non erano risultate sufficientemente chiare.

Infine vorrei ringraziare per l'aiuto prestatomi nella raccolta del materiale d'aggiornamento il Prof. Giovanni Tarli Barbieri, il Dott. Vanni Boncinelli e il Dott. Pietro Milazzo.

PAOLO CARETTI

Giugno 2005

PREMESSA ALLA III EDIZIONE

Questa terza edizione del manuale viene data alle stampe ad oltre cinque anni dalla seconda. Un periodo molto lungo, nel corso del quale non sono certo mancati sviluppi legislativi e giurisprudenziali rilevanti in tema di implementazione e tutela dei diritti fondamentali. Un aggiornamento era dunque necessario. Ma non è questa la sola ragione per cui si è arrivati a questa nuova edizione. In realtà, essa risponde ad un'esigenza più complessa che si lega direttamente alle novità che in questo lasso di tempo sono intervenute sul piano della tutela sovranazionale dei diritti. Già nella prima edizione (2001) avvertivo il lettore del fatto che di fronte al massiccio ingresso del diritto internazionale in questa delicatissima materia, lo studio dei sistemi di tutela dei diritti non poteva più limitarsi alla descrizione del modello di tutela nazionale, ma richiedeva necessariamente di allargare l'orizzonte all'esame anche di quegli altri sistemi di tutela che, soprattutto nell'area europea, stanno da tempo operando (il riferimento è ovviamente al sistema CEDU e a quello dell'Unione europea). Peraltro, sia nella prima che nella seconda edizione, questa avvertenza si era tradotta solo in un sintetico capitolo finale, nel quale si descrivevano i tratti essenziali dei due sistemi sovranazionali, senza alcun cenno alla giurisprudenza che essi avevano prodotto. Oggi questa scelta non è parsa più sostenibile alla luce, come dicevo, di alcune novità di grande rilievo. E mi riferisco non tanto all'espansione quantitativa e qualitativa degli interventi delle due Corti europee (Corte EDU e Corte di giustizia), quanto a novità propriamente istituzionali: si pensi all'attribuzione, con il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009, alla Carta dei diritti dell'Unione europea dello stesso valore giuridico delle disposizioni del trattato; si pensi alla modifica dell'art. 117, comma 1, Cost., che sancisce l'esplicito limite dell'obbligo di rispetto degli obblighi internazionali anche per la legge dello Stato; si pensi, ancora, alla giurisprudenza della Corte costituzionale sul significato di questa modifica costituzionale proprio con riferimento al rapporto tra sistema CEDU e diritto interno (sia legislativo che costituzionale). Lo scenario sovranazionale è dunque mutato, ma quelli che sono soprattutto mutati sono i riflessi che esso oggi è in grado di produrre sul piano del concreto funzionamento del modello nazionale di tutela dei diritti fondamentali, incidendo sui soggetti che sono chiamati ad applicarlo: dal legislatore ai giudici (comuni e costituzionali). E incidendo alla fine sulla situazione concreta di titolari dei diritti. Di qui l'idea di anticipare quell'ultimo capitolo finale, integrandolo con la descrizione del signi-

ficato che assumono le novità ora richiamate, e di accompagnare l'esame della disciplina dei singoli diritti fondamentali con un richiamo, necessariamente sintetico, del significato e della portata giuridica che degli stessi è ricavabile dalla giurisprudenza delle due Corti europee. Un elemento di grande rilievo che non può essere del tutto sottaciuto, posto che in un quadro nel quale si assiste ad una proliferazione di cataloghi di diritti e di giudici chiamati a farli rispettare, i problemi nascono non tanto dal confronto testuale tra i diversi cataloghi, quanto piuttosto sulla loro interpretazione. Più che l'an della tutela di certi diritti (almeno di una gran parte di essi), ciò che oggi è in gioco è la misura di tale tutela e su questo terreno il dato giurisprudenziale non solo non appare secondario, ma, al contrario, sempre più rilevante.

Infine, un particolare ringraziamento voglio rivolgere al Prof. Giovanni Tarli Barbieri e ai dottori Andrea Cardone e Giuseppe Mobilio, i quali hanno reso possibile questa terza edizione, aiutandomi nella raccolta e selezione di un "materiale" davvero imponente.

PAOLO CARETTI

Giugno 2011

PREMESSA ALLA IV EDIZIONE

Sono trascorsi cinque anni dall'uscita dell'ultima edizione del manuale. Un tempo lungo in sé, ma lunghissimo per un testo che ha lo scopo di offrire agli studenti non solo un inquadramento teorico del tema affrontato, ma anche un'informazione aggiornata degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali, indispensabili per avere consapevolezza del "diritto vivente" in materia.

E le novità, sotto questo secondo profilo, non sono certo mancate. Basti pensare, sul piano dell'ordinamento nazionale, oltre ad importanti pronunce del giudice costituzionale e di legittimità, alla legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto; alla nuova disciplina delle misure cautelari, delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione; alla disciplina dei nuovi poteri di ordinanza dei Sindaci, alla parziale riforma della Rai, alla nuova disciplina delle attività cinematografiche, all'avvio della riforma del c.d. terzo settore, ai numerosissimi interventi in tema di lavoro in funzione di un accrescimento (ma in certi casi anche riduzione) della tutela dei lavoratori. Sul piano esterno, non poteva mancare un puntuale aggiornamento della più rilevante giurisprudenza delle due Corti europee, con particolare riferimento a quella della Corte di Giustizia in questi anni di applicazione della "Carta di Nizza" ormai parificata alle norme dei trattati europei. Nella ricerca, selezione ed esame di questo ingente materiale, gli AA si sono avvalsi della preziosa collaborazione del Dott. Matteo Giannelli, che qui intendono ringraziare.

PAOLO CARETTI

Marzo 2017

PREMESSA ALLA V EDIZIONE

Questa V Edizione del manuale viene data alle stampe a quasi cinque anni di distanza dalla precedente e si è resa necessaria per apportare al testo gli indispensabili aggiornamenti legislativi, giurisprudenziali e dottrinari.

Nel corso della sua stesura gli AA hanno seguito due linee guida: da un lato, quella di dar conto nel modo più completo possibile delle novità intervenute in questo lasso di tempo, dall'altro, quella di alleggerire l'esposizione dei vari argomenti trattati nella prima e nella seconda parte, puntando a renderla più snella e più facilmente accessibile al lettore. Sotto questo secondo profilo si è proceduto, tra l'altro, a eliminare il riferimento puntuale e distinto alla tutela dei diritti fondamentali nel sistema della Convenzione Edu e in quello dell'Unione europea, facendo però confluire nel testo dei vari capitoli i dati più rilevanti desumibili dallo sviluppo di entrambi.

Al termine del lavoro, gli AA intendono ringraziare i Dott. Giovanni Aversente, Edoardo Caterina, Matteo Giannelli, Jacopo Mazzuri, Leonardo Pesci per il contributo dato nella ricerca e selezione del materiale utilizzato per la stesura del volume.

PAOLO CARETTI
GIOVANNI TARLI BARBIERI

Settembre 2021

INTRODUZIONE

1. L'uso della dizione "diritti fondamentali" utilizzata nel titolo, anziché di altre possibili come "diritti dell'uomo" o "diritti di libertà", non è casuale, ma rappresenta una scelta precisa che punta, sciogliendo l'ambiguità insita in queste diverse dizioni, a concentrare l'attenzione su quei diritti che, proprio in virtù della loro qualificazione di "fondamentali" da parte della Costituzione, ne rappresentano il carattere distintivo e fondante. Diritti, dunque, di un rango diverso da quello di altri che possono trovare la loro fonte nella legge ordinaria.

Ciò significa attribuire alla codificazione costituzionale dei diritti fondamentali un particolare valore: non quello meramente ricognitivo di alcune fattispecie destinate ad essere integrate in via interpretativa con altre che gli sviluppi della vita sociale segnali come meritevoli di tutela, ma, al contrario, un valore tassativo: sono diritti fondamentali, e godono del particolare "status" (ossia delle garanzie) previsto dalla Costituzione solo quelli che quest'ultima definisce tali. Che poi questi diritti si possano distinguere in diritti civili, diritti politici o diritti economico e sociali poco importa: il punto importante è che si possa ricondurli alla categoria dei diritti fondamentali, per il significato che essi rivestono nel momento costitutivo di una certa esperienza statale, segnandone uno dei caratteri distintivi di maggior rilievo.

In questo senso, lo studio dei diritti fondamentali non può non legarsi indissolubilmente alle varie tappe del costituzionalismo moderno, attraverso le quali tali diritti sono usciti dall'area dell'indifferente giuridico per acquistare, insieme alla natura di "diritti", forme di riconoscimento e di tutela effettiva sempre più incisive.

2. Affrontare lo studio dei diritti fondamentali significa avventurarsi in un territorio nel quale, più che in altri settori dell'ordinamento giuridico, esistono poche certezze, pochi punti fermi, risentendo la relativa disciplina delle continue tensioni che percorrono i rapporti tra autorità e libertà, così come i rapporti tra diritti e diritti.

Nonostante una tradizione culturale e giuridica ormai plurisecolare, poiché quella disciplina rappresenta il limite tra sfere dell'agire umano (sia che si tratti di comportamenti dei poteri pubblici nei confronti dei singoli e viceversa ovvero di comportamenti di questi ultimi nelle loro reciproche relazio-

ni) che riflettono nel loro atteggiarsi i mutevoli sviluppi delle condizioni politiche, economiche e sociali, essa finisce inevitabilmente per segnare un limite, un confine mobile, anch'esso suscettibile di spostamenti, nel senso dell'espansione dell'area dei diritti o nel senso opposto della loro restrizione, determinati dalle condizioni generali di contesto.

Questa considerazione, ovvia se riferita alle linee di fondo che hanno caratterizzato la nascita dello Stato moderno e le sue successive trasformazioni, fino ad arrivare alle attuali forme di Stato sociale, trova riscontro anche ad un esame più approfondito dell'effettiva portata della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle diverse forme di Stato succedutesi nel tempo.

Se si ripercorrono quei passaggi, è agevole riconoscere come a ciascuno di essi abbiano corrisposto diverse concezioni dei diritti di fondamentali e diversi modi di tutela: così, semplificando, il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale ha determinato, per la prima volta, insieme all'affermarsi di un concetto di Costituzione come norma fondamentale per la regolazione dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato (in funzione di limite al potere assoluto del Sovrano), anche il riconoscimento dei diritti fondamentali, intesi come limite negativo ad indebite ingerenze dei poteri pubblici nella sfera dell'autonomia privata (secondo una concezione squisitamente individualistica di tali diritti, da difendere appunto contro lo Stato); così, il successivo passaggio dallo Stato liberale alle forme di Stato totalitario, che caratterizzano l'esperienza europea del novecento tra le due guerre mondiali, determina una fortissima restrizione dell'"area delle libertà" (innanzitutto di quelle politiche) in parallelo ad una dilatazione dell'"area dell'autorità", l'una e l'altra coerenti con una concezione dei diritti come forme di autonomia privata concesse dallo Stato, come autolimitazioni del potere sovrano di quest'ultimo (e proprio per questo suscettibili di essere assoggettate alle limitazioni più incisive); così, infine, il passaggio dallo Stato totalitario allo Stato sociale, ripristinando in capo al popolo la sovranità, ribaltando il principio di legittimazione dell'esercizio del potere statale, affermatosi nell'esperienza precedente, ha ricollocato i diritti al centro del sistema costituzionale, ricomprendendoli nell'ambito del nucleo immodificabile delle contemporanee Costituzioni rigide e ne ha arricchito il catalogo, affiancando alla tutela dei diritti propri della tradizione liberale ottocentesca quei diritti sociali, nei quali si riconosce una nuova concezione positiva, partecipativa, dei diritti (non più solo libertà individuali, che postulano un comportamento negativo, di non ingerenza, da parte dei pubblici poteri), quali elementi fondamentali per la crescita sociale, economica e politica dei singoli (e che dunque postulano, all'opposto, un atteggiamento positivo da parte dei pubblici poteri, in vista della realizzazione del principio dell'eguaglianza sostanziale).

In sintesi, se si può dire che Stato moderno e diritti nascono insieme e insieme si sviluppano, si deve aggiungere che questa linea di sviluppo non si presenta affatto come una linea retta, ma al contrario come una linea che ha

seguito percorsi disarmonici, come disarmonici sono stati, nel tempo, gli equilibri complessivi (sociali, economici e politici) che hanno accompagnato le diverse esperienze statuali.

3. La mobilità del confine tra sfera dell'autorità e sfera della libertà trova ulteriori conferme se dal piano dell'osservazione degli elementi di carattere più generale del processo di costruzione dello Stato contemporaneo ci si sposta a quello, più analitico, dell'osservazione del concreto atteggiarsi delle diverse forme di tutela messe in campo a difesa dei diritti fondamentali e più ancora dell'effettiva misura di tale tutela.

Si pensi, in primo luogo, all'esperienza dello Stato liberale: alla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, nell'accezione più sopra accennata, corrisponde l'affidamento alla legge del Parlamento (organo espressione del principio rappresentativo) del compito di segnare la linea di demarcazione tra autorità e libertà (del compito dunque di definire il contenuto sostanziale delle solenni affermazioni costituzionali); all'amministrazione del compito di rispettare essa stessa la disciplina dettata dal legislatore e di farla rispettare dai soggetti privati; al giudice del compito di reprimere gli eventuali abusi commessi dall'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, ovvero dai privati nell'esercizio dei diritti loro riconosciuti. E tuttavia, nel quadro di Costituzioni flessibili, ossia cedevoli rispetto alla legge del Parlamento (vero atto sovrano per eccellenza, in quanto riconducibile, come si è detto, alla volontà popolare), quest'ultima diviene arbitra di spostare a suo piacimento (o meglio a piacimento delle maggioranze politiche che via via si succedono alla guida del Paese) quella linea di demarcazione, anche in una direzione fortemente restrittiva del significato degli enunciati costituzionali, senza che alcun rimedio l'ordinamento predisponga al riguardo. Non solo, ma l'essere la legge, in realtà, espressione della volontà di una sola classe sociale egemone (si pensi alle limitazioni che le legislazioni elettorali di allora prevedevano in ordine all'esercizio del diritto di voto) consentiva che il confine tra libertà e autorità venisse fissato in modo diseguale, più spostato verso il primo dei due termini contrapposti, in relazione ad alcuni diritti (si pensi a quello di proprietà), più orientato verso il secondo, in relazione ad altri diritti (si pensi alla libertà personale, alla libertà di riunione o associazione, per non parlare di quelli che oggi chiamiamo diritti sociali, del tutto ignorati come tali). Con la conseguenza che anche gli strumenti di tutela predisposti per assicurare il rispetto della disciplina posta dalla legge (l'amministrazione e il giudice) finivano, in quel contesto, per rappresentare una garanzia solo parziale e largamente insufficiente.

Si pensi, in secondo luogo, all'aggravamento che questa situazione conobbe con l'avvento dei regimi totalitari, che, sempre con la legge, furono in grado di perseguire una politica di negazione dei diritti pur formalmente rimasti iscritti in testi costituzionali ormai privi di alcun significato, piegati

com'erano da una logica istituzionale che non consentiva loro, in molti casi, alcuna speranza di sopravvivenza, in altri, solo una vita precaria.

Elementi questi che, dunque, testimoniano del fatto che la mera osservazione della disciplina formale dei diritti fondamentali, la quale può presentare momenti di sostanziale continuità, non è di per sé sufficiente a render conto della complessità dei fenomeni che essa presume di regolare; si tratta solo di un punto di osservazione, certo rilevante, forse un buon punto di partenza, ma pur sempre un punto parziale e da reinterpretare continuamente alla luce di altri dati di contesto più generali.

4. Per la verità, questa linea di sviluppo ondeggiante, contraddittoria e, in definitiva, debole della disciplina dei diritti fondamentali sembrava aver trovato un suo punto d'arrivo consolidato con l'avvento dello Stato costituzionale, che, muovendo dalla passata tradizione giuspositivistica, ha tentato di rimuoverne i limiti maggiori, innestando nel tessuto di quella tradizione le novità cui si è fatto cenno e che sinteticamente possono riassumersi nel radicamento dei diritti fondamentali in una fonte diversa dalla legge, ossia nella Costituzione, come parte di un rinnovato patto sociale non più retrattabile, nemmeno ad opera della legge, di cui viene definitivamente abbandonata la concezione (il *mito* direbbe P. Grossi) di atto necessariamente *giusto*, in quanto emanazione della volontà popolare, di atto cui riconoscere la funzione esaustiva non solo di disciplinare, ma di creare essa stessa i diritti. Dell'impostazione giuspositivistica resta certo l'impianto di fondo: i diritti sono sottratti alla sfera nebulosa ed incerta del diritto naturale; è attraverso il diritto positivo (e in primo luogo quello costituzionale) che essi si trasformano da mere aspirazioni o situazioni di fatto in posizioni giuridicamente tutelabili; è attraverso gli strumenti ordinari dell'agire dello Stato, l'amministrazione e i giudici che essi vengono in concreto garantiti. Amministrazione e giudici, del resto, profondamente innovati rispetto al passato, proprio in funzione garantista: si pensi, sul primo versante, ai principi costituzionali in materia di amministrazione orientati nella direzione dei rapporti con i singoli e non più solo a definirne i poteri d'imperio; si pensi, sull'altro versante, ai principi di autonomia e indipendenza dei giudici, alle garanzie processuali disposte a favore dei singoli. Ma, questi elementi sono collocati ora in un'ottica ribaltata che non muove più dallo Stato, quale entità astratta, depositaria di un potere sovrano autolegittimantesi e che in virtù di tale potere è arbitro di stabilire dove collocare la linea di confine tra autorità e libertà, ma invece dai diritti stessi, così come disegnati da un dettato costituzionale che direttamente segna una volta per tutte, nei suoi tratti fondamentali, quella linea di confine (almeno fino a che tiene il patto sociale sottostante ad esso), riservando alla legge il compito di definirne meglio i contorni, di disciplinarne i riflessi sul piano delle singole fattispecie tutelate, di operare tutte le ulteriori mediazioni necessarie per assicurare un esercizio il più ampio e armonico possibile

dei diritti; un compito dunque di fonte integrativa e non sostitutiva della Costituzione, che deve muoversi nel rigoroso rispetto dei suoi principi, pena l'intervento del giudice delle leggi a sanzionarne i possibili abusi.

In effetti, se guardiamo ai decenni che ci separano dall'affacciarsi sulla scena europea degli Stati sociali di questo secondo dopoguerra è difficile negare i risultati positivi cui il tentativo perseguito dai costituenti della metà del secolo scorso ha portato: non possono esservi dubbi circa la straordinaria espansione che in questo lasso di tempo ha complessivamente ricevuto l'area della libertà, proprio grazie all'attivazione delle originali forme di tutela che le Costituzioni di quel periodo avevano messo in campo: ciò vale per i diritti di libertà tradizionali (di cui si sono scoperti ed affermati nuovi profili), sia, seppur in minor misura, per i diritti sociali. La conclusione che se ne potrebbe trarre è che dunque, con tutti i limiti presenti in questa esperienza, essa abbia in ogni caso determinato una stabilizzazione del modello di tutela immaginato a suo tempo e centrato sugli elementi che si sono richiamati: non a caso si è parlato dello Stato sociale come "età dei diritti" (N. Bobbio), proprio nel senso indicato, come avvio di una fase storica nella quale le continue diversioni e le ricorrenti correzioni di marcia nella definizione del rapporto tra autorità e libertà sono da considerarsi finalmente se non eliminate, quanto meno imbrigliate e contenute entro i robusti argini predisposti dalle nuove Costituzioni (G. Silvestri). Tuttavia, alcune tendenze in corso nelle attuali esperienze statuali, che pure mantengono ancora inalterato quel dato costituzionale, sembrano presentare più di un aspetto che rende problematica una tale conclusione. Si tratta, infatti, di tendenze diverse, ma che hanno come tratto comune appunto quello di rimettere in discussione non solo il modello di tutela dei diritti fondamentali che con lo Stato costituzionale è venuto affermandosi, ma la stessa nozione di diritti fondamentali.

5. Tre sono le principali tendenze che al riguardo vanno richiamate: il progressivo declino della sovranità degli Stati nazionali, l'affermarsi di un'economia globale, la crisi nel funzionamento dei sistemi rappresentativi.

La prima attiene a quel fenomeno che ha visto la nascita e il progressivo rafforzamento di organizzazioni internazionali e sovranazionali con finalità di carattere generale, ivi compresa la tutela dei diritti fondamentali (si pensi all'Organizzazione delle Nazioni Unite o, sul piano europeo, all'Unione europea), così come ha visto il moltiplicarsi di convenzioni dirette allo stesso scopo (si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Carta sociale europea). Un fenomeno che, se in via di prima approssimazione può essere letto come un ulteriore perfezionamento ed espansione delle forme di tutela dei diritti fondamentali, ove analizzato più da vicino rivela caratteri distinti non irrilevanti

rispetto al modello di tutela consolidatosi a livello nazionale. Si consideri, con riferimento specifico all'esperienza europea, l'affermarsi di meccanismi di tutela di diritti che prescindono dall'adozione di una apposita Carta dei diritti e che tutto rimette (individuazione delle fattispecie tutelabili e misura della tutela) all'attività del giudice (è il modello costruito in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia soprattutto prima dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ovvero di meccanismi che prevedono la predefinizione di un elenco di diritti tutelabili, ma affida poi ancora essenzialmente al giudice il compito non solo di assicurarne il rispetto da parte dei pubblici poteri, ma anche quello delicatissimo di definirne il contenuto, sulla base dell'applicazione di clausole generali quali quella della "proporzionalità" delle limitazioni legislativamente imposte rispetto alla tutela di effettive (e valutate come tali dal giudice) esigenze di carattere generale (è il sistema che regge la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo).

Come non avvertire il mutamento di prospettiva che sistemi di tutela così congegnati comportano rispetto ai sistemi nazionali? Come non avvertire che essi rischiano di rimetterne in discussione gli stessi elementi di fondo: dal valore che in essi ha acquistato la codificazione costituzionale dei diritti (con sottrazione ad ogni altra fonte e ad ogni altro organo del compito di fissare in modo stabile, come si diceva, la linea di confine tra autorità e libertà), al valore che la stessa legge, per quanto profondamente mutata nei suoi caratteri distintivi, mantiene di strumento primario, anche se non più esclusivo (G. Zagrebelsky), per operare le mediazioni successive, necessarie ad assicurare l'implementazione del disposto costituzionale? Come non intravedere, in questi diversi sistemi di tutela, l'emersione di un ruolo del giudice non molto dissimile da quello che il vecchio giuspositivismo affidava alla legge, quale atto necessariamente ed indiscutibilmente *giusto*? Ancora, come non vedere che in sistemi tutti giocati sul ruolo del giudice, rischia di rifluire sullo sfondo, fin quasi a scomparire, la dimensione promozionale dei diritti da parte dei pubblici poteri, mentre in primo piano ricompare la vecchia fisionomia di uno Stato (legislatore ed amministratore) come soggetto da cui difendersi e cui vanno imposti compiti soprattutto negativi? Come non avvertire il rischio che tutto ciò finisca per riconsegnare i diritti fondamentali a quella concezione appunto di libertà negative, di sfere di autonomia da difendere in primo luogo da e contro i pubblici poteri, secondo una dialettica che lo Stato costituzionale ha puntato a rendere quanto meno più articolata e problematica? Come non cogliere le conseguenze che tutto ciò è in grado di determinare in ordine alla valorizzazione dell'idea, sempre più diffusa, che proprio questa della difesa contro lo Stato, anche contro lo Stato democratico, sia la nuova frontiera della tutela di diritti, che vengono rivendicati come tali in nome di un'autonomia di soggetti o gruppi privati (è quello che qualcuno, come P. Barcellona, chiamato neoindividualismo),

che si pretende debba valere di per sé, al di là di ogni considerazione di altre e diverse “autonomie” meritevoli di tutela (si pensi, ad esempio al diritto spesso, anche se per fortuna non sempre, rivendicato ad un uso “libero” delle più moderne tecnologie nel campo della comunicazione e delle scienze biomediche)?

Quanto alla seconda tendenza indicata, essa si lega alla prima riducendo in misura sempre più consistente la capacità degli Stati nazionali di governare lo sviluppo economico, e dunque le ricadute che esso ha sulla tutela dei diritti (in particolare di quelli sociali), in ragione della sostanziale indifferenza che il mercato globale ha prodotto nella localizzazione territoriale delle attività imprenditoriali, della nascita di operatori economici e finanziari i cui comportamenti risultano sempre più impermeabili anche a regole di matrice internazionale, ma che direttamente si danno proprie regole funzionali allo sviluppo delle loro attività, spesso garantite da propri sistemi arbitrari (U. Allegretti). Tutto ciò sta comportando la progressiva erosione, se non si vuole parlare di capovolgimento, di uno dei fondamenti della c.d. “costituzione economica” degli Stati sociali, riassumibile nella subordinazione delle dinamiche economiche e finanziarie a scelte politiche dirette a legare a fini di “utilità sociale” l’esercizio delle libertà economiche, che di quelle dinamiche sono parte integrante. Una subordinazione non fine a sé stessa, non decisa per motivazioni astrattamente ideologiche, ma perché strettamente collegata alla tutela della dimensione sociale dei diritti di cui si è detto. I fenomeni complessi che l’esperienza ci mostra sembrano andare in una diversa direzione, quella, di nuovo, dell’auspicato abbandono di un ruolo attivo da parte dello Stato, non solo di quello direttamente imprenditoriale (si veda il processo di progressivo smantellamento del settore pubblico dell’economia), ma anche di quello meramente regolatorio (si pensi alle spinte alla *deregulation* o all’elusione delle normative nazionali *antitrust* da parte degli operatori su scala mondiale). L’impressione che se ne ricava è che vada affermandosi l’idea per cui è il mercato, possibilmente il più libero possibile, a rappresentare la migliore garanzia di tutela sia delle tipiche libertà economiche, sia, come conseguenza in qualche modo naturale, anche degli altri diritti che il loro esercizio mette in gioco (diritto al lavoro, diritto a condizioni di vita dignitose, diritto alla prestazione di determinati servizi e così via).

Quanto, infine, alla terza tendenza, basti accennare alle difficoltà che oggi, un po’ dovunque, incontrano i meccanismi rappresentativi e i soggetti politici chiamati a renderli efficaci nel canalizzare la domanda politica proveniente dalla società. Una società nella quale la differenziazione e parcellizzazione degli interessi rende questi ultimi sempre meno sensibili a visioni di carattere egualitario e invece sempre più agguerriti nel rivendicare tutele speciali, con le conseguenze che tutto ciò determina sull’effettiva capacità della legge di svolgere davvero il suo ruolo di strumento primario di media-

zione dei conflitti tra interessi contrapposti anche sul terreno della tutela dei diritti fondamentali. È qui che trovano la loro radice fenomeni come quello del diffondersi di meccanismi alternativi di mediazione, come quello rappresentato dal fiorire di autorità di garanzia (si pensi a quelle nel settore delle comunicazioni, del mercato, dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali) o, su altro versante, come quello dello sviluppo di una giurisprudenza costituzionale diretta a sindacare non più soltanto la conformità o meno della legge rispetto al dettato costituzionale, ma la ragionevolezza delle decisioni legislative, il che è come dire diretta a sostituire la ragionevolezza del giudici (non sempre strettamente ancorata al parametro costituzionale, ma piuttosto a "valori" considerati impliciti nel dettato costituzionale, ma estrapolati come tali dallo stesso giudice) a quella degli organi politici (di nuovo un segnale di uno spostamento dell'asse portante della tutela dei diritti dal legislativo al giudiziario).

6. Di fronte alle tendenze in atto c'è da chiedersi se l'"età dei diritti" non stia per giungere ad una svolta di cui già si intravedono alcuni segni distintivi, ma di cui sono ancora difficili da immaginare gli approdi. Una svolta che sembra, come si è osservato, rimettere in discussione gran parte del portato dell'esperienza che ha contraddistinto la vicenda politico-istituzionale delle grandi democrazie di questi ultimi cinquant'anni. Una svolta che apre numerosi e complessi interrogativi: siamo di fronte alle avvisaglie di una crisi definitiva e irreversibile del modello di tutela dei diritti fondamentali quale abbiamo sin qui conosciuto, dovuta alla sua incapacità di far fronte al mutamento sociale, oppure siamo di fronte ad una fase transitoria di difficoltà di un sistema che può essere superata magari proiettandosi in una dimensione sovranazionale e trovando qui, nelle inedite interrelazioni che essa impone, l'alimento per un suo rilancio? I tratti distintivi, per ora solo accennati, di quel nuovo modello che si profila all'orizzonte, centrato sulla valorizzazione delle autonomie private, come diritti da difendere innanzitutto "da" e "contro" lo Stato e definiti, nei loro contenuti e nei loro rapporti reciproci, attraverso la casistica giurisprudenziale sarà in grado di salvaguardare il nesso tra diritti individuali e diritti sociali? Riuscirà davvero la *lex mercatoria*, oggi non a caso così rivalutata, nel quadro di una critica radicale al "diritto dello Stato", alla pretesa di esaustività dello strumento legislativo (P. Grossi), a realizzare il principio dell'eguaglianza sostanziale meglio di quanto non abbiano saputo fare gli strumenti messi in campo dal giuspositivismo rivisitato dei costituenti del secondo dopoguerra? Difficile dare delle risposte sicure. Stiamo andando verso forme di democrazia di stampo utilitaristico, che recuperano, in contesti profondamente mutati, concezioni risalenti a grandi teorici del passato come Hobbes e Locke? È sufficiente qui aver evocato questi interrogativi per sottolineare l'estrema problematicità della materia che ne costituisce insieme anche l'aspetto più appassionante. Questo libro,

destinato agli studenti, è stato pensato e scritto con l'obiettivo di offrire loro un quadro sufficientemente chiaro degli istituti nei quali si riassume, nel nostro ordinamento, la tutela dei diritti fondamentali, richiamandone le matrici storiche e gli odierni esiti applicativi e, insieme, di fornire loro qualche utile chiave di lettura di una realtà complessa, in continuo movimento. Da questo punto di vista, esso non può che costituire un punto di partenza per successivi e più puntuali approfondimenti.