

Elementi di diritto pubblico – Prof. di Plinio

Sommario

I.DIRITTO E TECNICHE GIURIDICHE.....	2
<i>Società e diritto.....</i>	<i>2</i>
<i>Condizioni di stabilità.....</i>	<i>2</i>
<i>Norma giuridica.....</i>	<i>2</i>
<i>Caratteri delle norme giuridiche.....</i>	<i>2</i>
<i>Ordinamento giuridico.....</i>	<i>3</i>
<i>Soggetti di diritto.....</i>	<i>3</i>
<i>Situazioni e atti giuridici.....</i>	<i>3</i>
<i>Tecniche e dinamiche</i>	<i>3</i>
<i>Il concetto di diritto.....</i>	<i>3</i>
<i>I valori giuridici.....</i>	<i>4</i>
<i>I limiti del diritto.....</i>	<i>4</i>
<i>Casi.....</i>	<i>4</i>
<i>Diritto, storia, costituzione.....</i>	<i>4</i>
<i>Diritto positivo / diritto naturale.....</i>	<i>4</i>
<i>Il diritto pubblico.....</i>	<i>5</i>
II.FONTI DEL DIRITTO.....	6
<i>1.Teorìa delle fonti.....</i>	<i>6</i>
<i>Interpretazione / Anomie.....</i>	<i>6</i>
<i>Antinomie.....</i>	<i>6</i>
<i>Sistema delle fonti.....</i>	<i>7</i>
<i>Gerarchia.....</i>	<i>7</i>
<i>Fonti supreme e costituzionali</i>	<i>7</i>
<i>Costituzione formale.....</i>	<i>7</i>
<i>Leggi costituzionali.....</i>	<i>7</i>
<i>Fonti comunitarie.....</i>	<i>8</i>
<i>Fonti Speciali / Rinforzate.....</i>	<i>8</i>
<i>Legge formale ordinaria.....</i>	<i>8</i>
<i>Funzione legislativa. Procedimento ordinario/1.....</i>	<i>8</i>
<i>Funzione legislativa. Procedimento ordinario/2.....</i>	<i>9</i>
<i>Gli altri procedimenti.....</i>	<i>9</i>
<i>Fonti equiparate (1).....</i>	<i>9</i>
<i>Fonti equiparate (2).....</i>	<i>9</i>
<i>Fonti secondarie statali.....</i>	<i>10</i>
<i>Fonti Regionali e locali.....</i>	<i>10</i>
III.FONTI EUROPEE.....	11
<i>1.Norme interne e norme comunitarie</i>	<i>11</i>
<i>2.Il sistema delle fonti comunitarie.</i>	<i>11</i>
<i>Quadro e tipologia</i>	<i>11</i>
<i>Classificazioni.</i>	<i>11</i>
<i>I Trattati.</i>	<i>12</i>
<i>I principi generali del diritto</i>	<i>12</i>
<i>Atti e fonti di diritto derivato</i>	<i>12</i>
<i>Direttive</i>	<i>12</i>
<i>Direttive “self executing”</i>	<i>12</i>
<i>Regolamenti.</i>	<i>12</i>
<i>Decisioni</i>	<i>13</i>
<i>Caratteri e procedure</i>	<i>13</i>
<i>Raccomandazioni</i>	<i>13</i>
<i>Pareri</i>	<i>13</i>
IV.PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.....	14
<i>1.Sovranità e apparati</i>	<i>14</i>

<i>Diritto amministrativo (1)</i>	14
<i>Diritto amministrativo (2)</i>	14
<i>Principi costituzionali</i>	14
<i>Struttura</i>	14
<i>I Ministeri</i>	15
<i>9 L'organizzazione periferica</i>	15
<i>Il pubblico impiego</i>	15
<i>Funzione amministrativa</i>	15
<i>Procedimento amministrativo</i>	16
<i>Atto e provvedimento</i>	16
<i>Attività contrattuale</i>	16
<i>Servizi pubblici</i>	16
<i>Modernizzazione amministrativa</i>	16

VI.CORTE COSTITUZIONALE..... 18

<i>I.Ragioni</i>	18
<i>Modello</i>	18
<i>Estensione</i>	18
<i>Composizione</i>	18
<i>Le funzioni</i>	18
<i>Il giudizio in via incidentale (1)</i>	19
<i>Il giudizio in via incidentale (2)</i>	19
<i>Il giudizio in via principale</i>	19

VIIA.MAGISTRATURA..... 20

<i>I.Premessa</i>	20
<i>Principi costituzionali (1)</i>	20
<i>Principi costituzionali (2)</i>	20
<i>Ordinamento giudiziario</i>	20
<i>Il Giudice civile</i>	21
<i>Il Giudice penale</i>	21
<i>I Giudici requirenti</i>	21
<i>I Giudici amministrativi</i>	21
<i>La Corte di Cassazione</i>	21
<i>Il Consiglio di Stato</i>	22
<i>La Corte dei Conti</i>	22
<i>Il processo</i>	22

VIII.DIRITTI E LIBERTÀ..... 23

<i>I.I diritti inviolabili</i>	23
<i>Il sistema dei diritti</i>	23
<i>Principio di eguaglianza</i>	23
<i>Libertà personale</i>	23
<i>Libertà di manifestazione del pensiero</i>	24
<i>Privacy</i>	24
<i>Libertà di circolazione</i>	24
<i>I diritti sociali</i>	24
<i>Diritto alla sicurezza sociale</i>	24
<i>Diritto alla salute</i>	25
<i>Diritto all'istruzione</i>	25
<i>Libertà di insegnamento</i>	25
<i>Limiti (1): l'indirizzo politico</i>	25
<i>Limiti (2): la libertà di apprendere</i>	25
<i>Tutele transnazionali</i>	25

≡—DIRITTO E TECNICHE GIURIDICHE

Società e diritto

Il controllo degli esseri umani sull'habitat e sulle risorse naturali inizia con il passaggio dalla mera *convivenza* alla *cooperazione in società*, di natura e forma variabili, il cui presupposto necessario è la stabilità di lungo periodo, evitando che i conflitti tra i loro membri rendano impossibile la cooperazione.

Questa funzione di stabilizzazione è svolta dal *diritto*.

In ogni tempo e in ogni luogo del pianeta, ogni società umana possiede dunque il suo diritto (*ubi societas, ibi jus*), inteso come sistema di regole, il cui fine generale consiste appunto nella prevenzione, nel controllo e nella soluzione dei conflitti, mediante *tecniche giuridiche* adeguate.

Queste hanno natura e consistenza variabile, da forme estremamente semplificate, come l'ordalia, alle più complesse, come le attuali procedure urbanistiche, ma hanno in comune la causa efficiente, cioè la *difesa della società* dal pericolo che i conflitti finiscano per distruggere le basi di convivenza e di cooperazione su cui essa si fonda.

Condizioni di stabilità

Ai fini del corretto funzionamento nella dinamica sociale le tecniche giuridiche debbono essere *adeguate* rispetto alla direttiva primaria (stabilizzare la cooperazione), e, a seconda delle circostanze, *adattarsi* alle condizioni materiali (storiche, economiche e naturali) della società di riferimento.

Un primo corollario è la *relatività storica dei fenomeni giuridici*: il diritto non può identificarsi con sistemi e società particolari, come ad esempio la Grecia di Atene o lo Stato liberale in Italia, ma presenta una variabilità sincronica (spaziale) e diacronica (temporale) di forme e di modelli.

Una seconda conseguenza è che il diritto nel suo complesso (non una singola regola imposta a un soggetto recalcitrante) non funziona solo perché imposto con la forza o con altri sistemi, quanto perché esso riflette le esigenze materiali di ogni determinata fase della cooperazione all'interno di società umane organizzate, e deve essere *coerente* con tali esigenze, altrimenti resterebbe inapplicato, o, se imposto, porterebbe quella società all'autodistruzione.

Infine il diritto deve essere, rispetto alla società che ordina, *razionale* e *legittimato*, perché solo a queste condizioni acquisisce *effettività*, cioè si poggia saldamente sulla *convinzione collettiva* della sua necessità.

Norma giuridica.

Nell'antichità le tecniche giuridiche assumevano in genere forme *concrete*, cioè modellate sul caso particolare, e attivate successivamente all'insorgere di un conflitto.

Nei moderni sistemi giuridici i conflitti sono risolti in modo *astratto*, perché sono disciplinati preventivamente al loro effettivo verificarsi, mediante modelli, espressi in forma condizionale e in termini di *potere* o di *dovere*: chi si trova in una certa condizione *può* (o a seconda dei casi *non può*, o *deve*, o *non deve*) tenere un certo comportamento; il contesto del modello si chiama tecnicamente "fattispecie".

Gli strumenti di comunicazione sociale delle fattispecie e delle reazioni del diritto alle violazioni sono le *norme giuridiche*, i cui caratteri fondamentali nella società moderna sono l'*astrattezza*, la *generalità* (la norma si applica a tutti i casi concreti che rientrano nella fattispecie-modello), e la *sistematicità* (sono interconnesse, e spesso ulteriormente riconducibili a norme sempre più generali).

Caratteri delle norme giuridiche

Nelle varie società esistono diversi sistemi di norme non giuridiche (familiari, etiche, religiose); tutti possono essere dotati di sanzione, ma a questa l'individuo può sottrarsi, semplicemente uscendo (o venendo espulso) dal gruppo. Alla norma giuridica, invece, nessuno può in alcun modo sottrarsi.

A differenza di tutte le regole sociali, le norme giuridiche sono *coattive*, in vari sensi:

a) perché sono *obbligatorie*, cioè *necessarie* (si applicano anche contro la volontà del destinatario), e *vincolanti* (nessuno deve violarle);

b) perché agiscono in modo collegato (sono cioè *co-attive*), in quanto la violazione di una norma fa scattare meccanismi sanzionatori, che a loro volta sono previsti da altre norme, che si rivolgono a soggetti incaricati appositamente di applicare le sanzioni, e che sono a loro volta protette da ulteriori sanzioni;

c) perché sono *coercibili*, cioè eseguibili *coattivamente in forma specifica*, come avviene quando si dispone la vendita all'asta dei beni di un debitore inadempiente, e protette dall'*uso esclusivo della forza*, come avviene quando chi viola la norma tenta di evitare la sanzione usando la forza. La coercibilità è resa possibile dall'esistenza di *strutture organizzative specializzate*, come pubbliche amministrazioni, forze di polizia, enti, istituzioni.

Ordinamento giuridico

L'insieme delle norme giuridiche di una determinata società costituisce l'*ordinamento giuridico*, che ha ovviamente gli stessi attributi peculiari della norma giuridica. I suoi elementi necessari sono la *plurisoggettività* (una collettività di individui che convivono e cooperano), la *normazione* (un sistema più o meno complesso di regole giuridiche), l'*organizzazione* (una struttura di apparati, istituzioni, centri di potere cui è demandata la dinamica dell'ordinamento, cioè la predisposizione e l'applicazione delle regole, la soluzione dei conflitti, la coercizione, l'uso della forza).

Nella società moderna tali elementi, insieme ai caratteri di necessità, coercibilità e monopolio della forza, esistono solo negli Stati e, negli anni più recenti, anche nelle istituzioni sovranazionali (ONU, WTO, UE etc.), che sono proiezioni degli Stati; solo a questi livelli la coattività dell'ordinamento diventa piena, identificandosi con il concetto di *sovranità*.

La teoria della *pluralità di ordinamenti giuridici* è pertanto infondata, a meno che si alluda alla pluralità di Stati e di entità sovranazionali; gli altri ordinamenti (la famiglia, il sindacato, la religione) non sono propriamente ordinamenti giuridici, ma ordinamenti sociali.

Soggetti di diritto

I destinatari delle norme giuridiche sono i soggetti di diritto, quali centri di imputazione di diritti e doveri (situazioni giuridiche soggettive).

I veri soggetti del diritto sono gli individui, cioè le *persone fisiche*, perché solo essi sono in grado di agire. Le persone fisiche sono dotate di capacità giuridica, cioè attitudine a essere titolari di diritti e obblighi, che si acquista con la nascita, e capacità di agire, cioè legittimazione a disporre dei propri diritti, che si acquista con la maggiore età, a meno di situazioni particolari (interdizione).

A volte il diritto compie una finzione, attribuendo con procedure particolari (riconoscimento), la capacità giuridica a *persone giuridiche*, per varie e importanti ragioni derivanti dalla complessità sociale; ad esempio, costruire uno schermo tra una società e i suoi soci, per limitare legittimamente la responsabilità economica di questi. Le persone giuridiche ovviamente agiscono per mezzo di persone fisiche (*organi*). Le principali forme sono le *associazioni*, in cui prevale l'elemento personale (ad esempio società commerciali), e le *fondazioni*, in cui vi è un patrimonio destinato a uno scopo. La personalità giuridica (pubblica) è anche tipica di alcuni pubblici poteri (enti pubblici) dello Stato nel diritto internazionale, e di alcuni poteri sovranazionali nei diritti interni (ad esempio, la Commissione europea).

Situazioni e atti giuridici

Le situazioni giuridiche soggettive sono le posizioni di potere o di dovere che le norme imputano variamente ai soggetti di diritto. Si distinguono in *attive* (attribuite nell'interesse del soggetto), e *passive* (cui il soggetto è tenuto nell'interesse di altri). Fanno parte delle prime la *libertà giuridica*, il *diritto soggettivo*, l'*interesse legittimo*, delle seconde il *dovere giuridico*, l'*obbligo*, la *soggezione*. Carattere speciale possiede lo *status*, che comprende un fascio di situazioni giuridiche, sia attive, che passive (status familiare, cittadinanza, status di socio etc.)

Sebbene anche i fatti naturali producano a volte effetto giuridico, la dinamica del diritto è azionata essenzialmente dagli atti giuridici, cioè dalle azioni dei soggetti di diritto.

Gli atti giuridici sono le tecniche fondamentali che consentono alla cooperazione fra gli individui di svolgersi dinamicamente nella società, e ai centri di potere pubblico di produrre e applicare le norme giuridiche.

Gli atti giuridici possono produrre effetti giuridici in ogni caso (atti in senso stretto o non negoziali), o solo se voluti dal soggetto stesso (atti negoziali); per questi ultimi assume grande rilevanza la dichiarazione di volontà, che non deve essere viziata da errore, violenza o dolo, pena l'invalidità giuridica.

Tecniche e dinamiche

Riassumendo, la tecnica di funzionamento della norma consiste nella previsione di un contesto (fattispecie) in cui a un destinatario (*soggetto di diritto*) sono attribuite posizioni di diritto attive o passive (*situazioni giuridiche soggettive*) in base alle quali può, o non può, o deve, o non deve compiere azioni (*atti giuridici*)

Attraverso gli atti giuridici il *diritto* formale scritto nei codici (*law in the books*) modifica la realtà risolvendo i conflitti che si verificano nella società. Il diritto in tal modo si materializza, presentandosi come *diritto vivente* (*law in action*).

A volte si rileva uno scarto, anche consistente, tra la *law in action* e la *law in the books*. In molti casi, ciò dipende dalla incompletezza della fattispecie astratta, o dalla cattiva formulazione delle norme; a volte però la causa del divario va ricercata nel mutamento socioeconomico. L'ordinamento giuridico in genere dispone degli strumenti di *riforma* che consentono di aggiornare e migliorare le proprie norme; a volte però il mutamento materiale è talmente radicale e *rivoluzionario* che la società ritira il suo consenso al diritto formale; l'ordinamento entra in crisi di razionalità e di legittimazione, viene travolto nelle sue componenti, in particolare nei centri di potere, e sostituito integralmente da un nuovo ordinamento.

Il concetto di diritto

Dobbiamo a questo punto riflettere su alcune questioni scientifiche generali. La *teoria pura o formale* del diritto sostiene che il sistema normativo è autosufficiente; il diritto sarebbe una scienza di norme e il suo studio e la sua applicazione dovrebbero basarsi solo su queste, così come sono nell'ordinamento positivo.

Questa teoria è scientificamente incompleta, per varie ragioni. In particolare essa non spiega lo scarto tra diritto formale e diritto vivente. I due problemi fondamentali del diritto - quello ontologico (in che consiste) e quello teleologico (come funziona) – sono in realtà strettamente complementari.

Il diritto dipende dalla *dinamica* concreta delle relazioni e dei conflitti; questi a loro volta dipendono dalle pressioni della struttura socioeconomica, in una prospettiva storicizzata.

Il diritto, dipendendo dal "fatto", ne segue il movimento e le trasformazioni, e si trasforma quando la struttura socioeconomica assume nuovi assetti e nuove configurazioni: il diritto rappresenta uno dei più forti condizionamenti sociali, ma esso stesso è condizionato dalla matrice economica della società, nel suo storico divenire.

I valori giuridici

L'ordinamento giuridico contiene un sistema di valori giuridici fondamentali, che danno giustificazione e contenuto alle regole; tali valori non possono essere irrazionali, perché, semplicemente, non funzionerebbero; in ogni tempo, in ogni luogo essi sono formulati in armonia con le condizioni materiali e culturali della società *in quel tempo ed in quel luogo*, altrimenti la stessa società o si ribella al diritto oppure blocca irrimediabilmente il suo funzionamento e si avvia al declino.

Questo non significa affatto che tutte le norme giuridiche e che tutti i diritti sono comunque giusti o giustificati, ma solo che esiste una *tendenziale coerenza* tra l'ordinamento giuridico e la società in cui esso si applica. Sotto questo profilo l'unità di misura scientifica storicamente universale del fenomeno giuridico non può che essere il sistema economico, cioè *il modo di produzione della stessa esistenza degli uomini*.

I limiti del diritto

La stabilità economica costituisce un limite inviolabile per il diritto; se attraverso la legge si potesse davvero obbligare la società verso un percorso incompatibile con le matrici intime del sistema economico, questo sarebbe irrimediabilmente bloccato.

Ciò significa che in ogni fase storica sono razionali e legittimati solo i vincoli giuridici che rientrano nel margine di elasticità del modello sociale e del ciclo produttivo, in relazione a un livello dato di sviluppo.

La relazione delle forme del diritto con il modo di produzione è dialettica, fatta di reciproche interferenze e di interconnessioni con altri grandi fattori di configurazione dei quadri storici (le tradizioni, la cultura, la lingua, la posizione geografica, il clima, l'ambiente naturale, la scienza e la tecnica), che a loro volta spiegano, a parità di modello produttivo, la relativa variabilità di forme giuridiche compatibili.

Casi.

Il diritto non può fare tutto: può solo disciplinare i fatti, non può crearli. I rapporti socioeconomici non possono essere modellati con atti di forza, a meno che non ne esistano i presupposti materiali di razionalità e legittimazione. Vediamo alcuni esempi.

a) In società semiprimitive a diritto "matrilineare" la proprietà dei beni si trasmette di madre in figlia; secondo gli antropologi in tali società la cultura collettiva non conosce l'effetto del rapporto sessuale sulla gravidanza, e quindi non esiste la figura del padre. così che la certezza giuridica dei legami tra le generazioni si fonda sulla maternità. In una società di questo tipo l'eguaglianza giuridica dei sessi non potrebbe essere imposta con la forza, senza distruggerla alla radice.

b) La schiavitù, come sistema giuridico, è possibile, cioè stabile e razionale, solo quando "due braccia producono più di quanto una bocca mangi", cioè quando vi sia la possibilità di un sovrapprodotto sociale; un diritto schiavistico, in sostanza, è inimmaginabile prima della rivoluzione neolitica.

c) È convinzione comune che il monarca assoluto disponesse di un potere pressoché totale, ma anche in questo caso l'economia poneva un limite invalicabile al suo potere giuridico: a parte le reazioni e le rivolte, una eccessiva imposizione fiscale era materialmente impossibile senza impoverire le dinamiche della produzione della ricchezza, e di conseguenza distruggere progressivamente la stessa finanza del sovrano.

d) E anche la moderna legislazione ambientale deve fare i conti con la riproducibilità e l'efficienza del ciclo produttivo: i vincoli giuridici tali da impedire alle imprese di produrre o da restringere al di sotto di certi limiti le loro aspettative di reddito bloccherebbero le matrici economiche del sistema.

Diritto, storia, costituzione

I caratteri di *storicità* e *relatività* dei fenomeni giuridici implicano che non esiste “il” diritto ma esistono “i” *diritti*, intesi come *sistemi giuridici storicizzati*, ciascuno dei quali trae razionalità e legittimazione da assetti storici della società e dell’economia, e si estingue con il mutare di tali condizioni.

In termini di cultura giuridica, la spiegazione del cambiamento richiede un linguaggio più preciso. Un nucleo di valori (*core*) in ogni fase storica traduce in linguaggio giuridico le regole intime della cooperazione; esso costituisce anche il *core* dell’ordinamento giuridico; possiamo chiamare tale nucleo *costituzione* in senso *materiale* (*costituzione vivente*) della società e dell’ordinamento giuridico che ne disciplina l’organizzazione e il funzionamento. Il cambiamento, superficiale o profondo o addirittura sovversivo del diritto dipende dalla intensità del mutamento della costituzione materiale.

Diritto positivo / diritto naturale

L’aspetto dinamico di uno specifico ordinamento giuridico, in un determinato periodo storico e in un determinato territorio, costituisce, per quel tempo e quel luogo, il *diritto positivo* (da *positum*, cioè imposto, necessario).

Una corrente di pensiero afferma che gli ordinamenti positivi sono validi e vanno osservati solo se conformi al *diritto naturale*, cioè un sistema di valori che sarebbero dettati direttamente dalla natura dell’uomo e del mondo.

Ma esiste davvero il diritto naturale?

La supremazia di leggi di natura sul diritto positivo è scientificamente infondata, anche perché è smentita dalla critica storica, basata sulla teoria della relatività e della storicità dei valori giuridici. Ma la critica più radicale al diritto naturale è quella illuministica, che muove dalla irrazionalità scientifica della derivazione da una proposizione descrittiva (cioè la descrizione di un fatto) di una proposizione prescrittiva (cioè l’imposizione di un valore).

Affermare che il leone mangia la gazzella, e che ciò avviene in natura, e dunque è giusto, è logicamente scorretto sia come ragionamento in sé, sia qualora se ne traggano generalizzazioni (la legge del più forte, il principio meritocratico); infatti, il ragionamento manca di una premessa maggiore, cioè che un fatto è giusto se avviene in natura, che poi significa che tutto quello che avviene in natura è giusto. Con ciò, i valori prescrittivi perdono di significato, perché un fatto sarebbe legittimo solo perché è avvenuto, e dunque non servirebbe più alcun diritto.

Il diritto pubblico

La catalogazione e la spiegazione degli ordinamenti giuridici è l’oggetto della *scienza del diritto*, la quale ha diverse partizioni (settori scientifico-disciplinari), a dire il vero dovute più a questioni accademiche e didattiche che a reali esigenze scientifiche.

A parte alcune discipline comuni (teoria generale, diritto comparato) o di confine (filosofia del diritto) la prima dicotomia è quella tra *diritto privato* e *diritto pubblico*; il primo studia regole e modelli dei rapporti tra individui e gruppi in posizione simmetrica di parità; le sue partizioni interne più importanti sono il diritto civile, il diritto del lavoro, il diritto commerciale.

Il secondo ha come oggetto l’analisi e la catalogazione dei *centri di potere* (autorità) e delle relazioni tra questi e la libertà degli individui. In particolare il suo oggetto è tradizionalmente lo *Stato*, e si è poi esteso ai *poteri sovranazionali*. La suddivisione principale è tra il *diritto costituzionale* (più orientato alla struttura e alla dinamica dei centri di potere sovrano) e il *diritto amministrativo*, che ha per oggetto l’organizzazione e la funzione delle pubbliche amministrazioni, quali apparati serventi dei centri di potere. Esso comprende inoltre, tra le altre partizioni, il diritto penale, il diritto processuale, il diritto internazionale.

≡—**FONTI DEL DIRITTO**

≡—**Teoria delle fonti**

La teoria delle fonti e l'individuazione delle singole fonti rilevanti in ciascun ordinamento giuridico ha una cruciale importanza, perché mette ordine nel sistema giuridico e consente di individuare con procedure razionali la norma applicabile.

Fonte di produzione del diritto è “qualsiasi atto o fatto che l'ordinamento giuridico considera idoneo a produrre norme giuridiche valide a innovare all'ordinamento giuridico stesso”. In sostanza è l'ordinamento stesso che sceglie le sue fonti, attraverso norme specifiche a queste dedicate, le *norme sulle fonti*.

Al riguardo, un problema classico è: se le fonti di produzione traggono legittimità da norme sulle fonti, quali sono le fonti di queste, e dove traggono la loro validità? Dire che esistono fonti di norme sulle fonti introdurrebbe un circolo vizioso infinito. Hans Kelsen, nella sua teoria dello *Stufenbau*, immagina che esista una *norma-base*, una *Grundnorm*, che per il diritto e la scienza giuridica costituisce un dato, il cui studio non rientra nello studio del diritto. Per i seguaci della teoria istituzionalistica (Maurice Haouriau, Santi Romano) l'ordinamento intero trova fondamento di base nella organizzazione di istituzioni, la cui coesione dà validità al diritto. In base a impostazioni più recenti, il fondamento di tali norme si rinviene nella *costituzione materiale*.

Le *fonti di cognizione* sono gli strumenti legittimati a fornire l'esatta conoscenza dei testi normativi (disposizioni) posti dalle fonti di produzione.

Si distinguono ancora le *Fonti atto*, controllate da un centro di potere dell'ordinamento, dalle *Fonti fatto* (come la consuetudine, le convenzioni costituzionali, lo stato di necessità).

Infine, può accadere che per disciplinare situazioni particolari l'ordinamento utilizzi le fonti o le norme di un altro ordinamento (attraverso il *rinvio*).

Interpretazione / Anomie

Le fonti di cognizione contengono il testo linguistico delle norme, cioè *le disposizioni*. Data la distinzione tra diritto formale (*law in the books*), e diritto vivente (*law in action*), la norma non coincide necessariamente con la disposizione. Infatti, nel momento della applicazione, i soggetti del diritto *interpretano* la disposizione, *creando* la norma.

In qualsiasi rapporto all'interno della società le fonti vengono interpretate, ma solo in alcuni casi l'interpretazione ha un valore specifico. Si tratta dell'interpretazione *autentica* che è quella fornita dal centro di potere che controlla la fonte (il legislatore) e dell'interpretazione *giudiziale*, che è quella operata dal giudice nella sua funzione di soluzione delle controversie. Un forte valore orientativo ha l'interpretazione data dalla scienza giuridica (*dottrinale*), mentre quella praticata dalle prassi e dagli atti interni e circolari degli uffici pubblici (*burocratica*) possiede di fatto un enorme potere di indirizzo dell'amministrazione.

La teoria dell'interpretazione ha variamente individuato una serie di *tecniche interpretative*.

Non ha valore univoco l'interpretazione *letterale*, come mostrano le scienze semiologiche, a differenza dell'interpretazione *sistematica* e di *quella adeguatrice*, che, collegando il significato delle norme ai contesti e valori dell'ordinamento, collegano la *law in action* alla costituzione materiale. A sua volta, l'interpretazione *evolutiva* permette di adattare l'ordinamento al mutamento strutturale della costituzione materiale.

L'ordinamento non può prevedere tutto; in presenza di fattispecie concrete prive di regole è consentito al giudice il ricorso alla interpretazione estensiva (estendendo appunto l'applicazione di una norma), o analogica, presumendo che a un caso non disciplinato possa applicarsi la disciplina di un caso

analogo (*analogia legis*) o, in mancanza di questo, i principi generali del diritto (*analogia juris*). Ovviamente l'analogia non si applica alle norme eccezionali e a quelle penali.

Antinomie

Quando una stessa fattispecie è diversamente disciplinata da due o più fonti, le relative norme entrano in conflitto tra loro. L'applicazione dei criteri di soluzione delle antinomie presuppone una funzione di selezione e riconoscimento della fonte prevalente. Tale funzione è svolta dal *giudice*, nell'esercizio della funzione giurisdizionale

Il principio chiave è la *gerarchia* (v. slide 5): la fonte di grado superiore prevale su quella inferiore.

Di fronte a fonti dello stesso rango, o a norme confliggenti della stessa fonte, il criterio generale è quello *cronologico* secondo il brocardo *Lex posterior derogat legi priori*. Il meccanismo di prevalenza è in genere costituito dall'*abrogazione*, che ha l'effetto di cancellare *ex nunc* dall'ordinamento la norma temporalmente precedente.

Una eccezione al criterio cronologico si ha in presenza di norme che, facendo eccezione a regole generali, sono dotate di *specialità*; anche qui soccorre l'efficacia del latino (*Lex specialis posterior derogat legi priori generali*). In questo caso non si parla di abrogazione ma di *deroga* o *disapplicazione*, perché non si ha cancellazione di norme.

Una seconda eccezione si ha se l'ordinamento attribuisce alle fonti confliggenti una differente *competenza*, come avviene ogni qualvolta le norme sulle fonti prevedono per una determinata materia la *riserva di legge*. Un altro classico esempio si ha nella competenza concorrente tra Stato (norme di principio) e Regioni (norme di dettaglio). In queste evenienze la eliminazione della norma che travalica la sua competenza non è in genere automatica, ma viene dichiarata da un giudice con apposita competenza.

Sistema delle fonti

La dinamica dell'ordinamento è affidata ai giudici, i quali, oltre a selezionare la fonte e interpretare la norma, giudicano anche sulla loro legittimità.

Infatti, il conflitto tra fonti di diverso grado è risolto dal giudice al quale è attribuita la competenza di *annullamento* della norma che viola la fonte di grado superiore. L'annullamento opera in genere *ex tunc* (vale anche per il passato e i rapporti ancora pendenti), salvi i rapporti e le situazioni ormai definitivamente esauriti.

Il paradigma della gerarchia è la legge formale ordinaria del Parlamento, nella sua veste di strumento normale di produzione del diritto; il suo rango nella scala gerarchica costituisce la *forza di legge*. Le fonti dotate di forza di legge o superiore sono un *numerus clausus*, per i principi di tipicità e tassatività.

Gerarchia

Sul gradino più alto della scala sono poste le *fonti supreme* e le *fonti costituzionali*, alle quali seguono, con forza minore ma comunque superiore alla forza di legge o derogatorie per la loro specialità, le *fonti speciali e rinforzate*.

Nel gradino successivo sono collocate le *fonti primarie*, cioè le leggi, e tutte le altre fonti *equiparate* che condividono la forza di legge. Il giudizio sulla validità e legittimità di queste fonti e di quelle di rango superiore è di competenza del giudice costituzionale.

Le fonti che non hanno forza di legge sono qualificate secondarie o regolamentari; il giudizio sulla loro validità e legittimità è rimesso al giudice ordinario e/o al giudice amministrativo.

I giudici, *signori delle fonti*, traggono dalla disposizione (*law in the books*) la norma giuridica (*law in action*), configurando la *creazione giudiziale del diritto* vivente, che è poi l'essenza della funzione giurisdizionale.

Fonti supreme e costituzionali

La specie più conosciuta di fonti supreme è senza dubbio la Costituzione, che sarà esaminata in dettaglio, insieme alle leggi costituzionali, nella slide successiva.

Secondo alcune teorie, esiste un livello superiore alla stessa Costituzione, identificabile nel *potere costituente*, che sarebbe l'unico vero potere libero, e i principi sistematici da esso posti sarebbero totalmente immutabili in forma legittima dal *potere costituito*; essi potrebbero essere rovesciati solo con atti rivoluzionari.

Se pure suggestiva, questa teoria ha uno scarso valore pratico: a sessant'anni dalla Costituente italiana, cosa resta davvero di quel potere? Più efficace dal punto di vista scientifico è l'individuazione del nucleo di valori supercostituzionali mediante la formula teorica che abbiamo chiamato *costituzione materiale*, la quale consente una lettura storico - dialettica delle dinamiche del diritto.

Inoltre, essa offre una spiegazione plausibile della progressiva penetrazione, nel sistema statale delle fonti, operata dagli *ordinamenti sovranazionali*, come l'Unione europea e l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), le cui fonti e norme, a differenza di quelle del diritto internazionale classico, si applicano non solo agli Stati, ma *direttamente* ai soggetti di diritto degli ordinamenti degli Stati membri, e hanno sicuramente forza superiore a quella di legge; in particolare, il diritto UE, in base alle posizioni delle maggiori corti costituzionali europee, possiede una specie di "forza di costituzione".

Costituzione formale

Le costituzioni formali nel corso del tempo e nelle diverse esperienze hanno conosciuto differenti modelli. Abbiamo costituzioni scritte, ma anche, come nel caso britannico, non scritte; flessibili e rigide, a seconda del loro grado di resistenza alle modifiche; brevi e lunghe, a seconda dei contenuti.

La costituzione italiana, scritta, rigida e lunga, è frutto del compromesso di diverse culture, in particolare quella cattolica e quella marxista, che si sono aggiunte al modello liberal-democratico. Di conseguenza, i valori fondamentali che essa sviluppa sono spesso generici e contrastanti, e privi di fattibilità concreta; gran parte della Costituzione, pertanto, è rimasta inattuata.

La paralisi costituzionale è stata evitata anche grazie al ruolo della Corte costituzionale, che, avvalendosi del proprio indiscusso prestigio e della insindacabilità delle sue sentenze, in cinquant'anni di giurisprudenza ha letteralmente *creato* il diritto costituzionale italiano, confermandosi come l'artefice principale della *Costituzione vivente*.

Leggi costituzionali

La procedura prevista dall'art. 138 Cost. it. per la modifica o l'integrazione della Costituzione prevede una doppia votazione di entrambe le Camere a distanza di almeno tre mesi.

Se nella seconda votazione la legge costituzionale è approvata dalla maggioranza assoluta ma inferiore a due terzi dei componenti di ciascuna camera, essa viene pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Entro tre mesi può essere richiesto il Referendum costituzionale da 500.000 elettori, 5 consigli regionali, o 1/5 dei membri di una Camera. A differenza del referendum abrogativo, in cui è richiesta la partecipazione alla votazione della maggioranza assoluta degli elettori, si tratta di un referendum "approvativo" per il quale non è richiesto alcun quorum strutturale. La legge è promulgata dal Presidente della Repubblica se confermata dalla maggioranza assoluta dei votanti (anche se questi fossero pochissimi); in caso contrario la procedura si interromperà definitivamente.

Se nella seconda votazione la legge costituzionale è approvata dalla maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, o superiore, essa viene promulgata dal Capo dello Stato, e dopo la pubblicazione sulla G.U. entrerà in vigore, senza che possa essere chiesto alcun referendum.

Fonti comunitarie

Diversamente dai modelli classici del diritto internazionale, le relazioni tra diritto comunitario e diritto degli stati membri hanno assunto la forma dell'*integrazione*, in un *ordinamento giuridico unitario e multilivello*, così che le fonti del diritto comunitario sono anche fonti statali.

Esse sono in primo luogo *necessarie e vincolanti*, non solo per gli Stati ma anche per i cittadini e le istituzioni interne, essendo dotate del carattere della *diretta applicabilità* (fatta eccezione per le *direttive*, che richiedono norme interne di attuazione, a meno che non siano chiare e dettagliate), e della *portata generale* (si applicano a tutti i soggetti di diritto, ad eccezione delle decisioni, che si rivolgono a soggetti o gruppi individuati).

Inoltre, come ha sancito la Corte di giustizia in accordo con le Corti costituzionali nazionali, il *diritto comunitario prevale sulle fonti interne*, le quali, in caso di contrasto, devono essere disapplicate dai cittadini, dai pubblici poteri e dai giudici nazionali, i quali sono divenuti custodi non più solo del diritto dello Stato, ma anche del diritto dell'Unione europea.

Anche se il Trattato costituzionale non è ancora stato ratificato da tutti gli Stati membri, esiste già una Costituzione europea *vivente*, che si fonda su limitazioni di sovranità degli Stati (art. 11, Cost. it.) e sull'integrazione delle costituzioni materiali degli Stati stessi.

Fonti Speciali / Rinforzate

La dottrina ha individuato nel corso del tempo una serie di fonti che per varie ragioni resistono alla loro modifica da parte della legge formale ordinaria; una lunga discussione si ebbe in ordine al valore delle leggi di programmazione economica, ma fu sterile, anche perché la programmazione non ha mai veramente funzionato.

Sicuramente rientra nella categoria il *referendum abrogativo*, principale istituto di democrazia popolare diretta (art. 75, Cost. it.); malgrado la estenuante procedura e la difficoltà di raggiungere il *quorum*, l'opinione prevalente è che il suo risultato, specie quando respinge la legge, vincola il legislatore. Purtroppo questa regola non sempre è osservata dalla classe politica.

Gli *interna corporis*, cioè le procedure e gli atti regolamentari che disciplinano l'attività interna del Parlamento, hanno una forza particolare, che deriva dalla necessità di garantire l'autonomia del Parlamento da qualsiasi altro potere, compresa la Corte costituzionale. Essi pertanto sono *insindacabili*, e resistono di fatto a tutte le altre fonti del diritto.

Si discute se siano fonti speciali le normazioni regolamentari delle autorità indipendenti, in particolare Banca centrale e Garante della concorrenza; la ragione tecnica che fonda *l'indipendenza* dovrebbe escludere la possibilità, per il Parlamento (e naturalmente il Governo) di violare le regole delle *authorities*. Questo, ovviamente non vale per il giudice, specie penale, che può e deve perseguirne i comportamenti illegittimi.

Legge formale ordinaria

La forma di legge è data sia dalla natura del soggetto che la emana (il Parlamento) sia dalla natura del procedimento di emanazione; l'attributo di "ordinaria" definisce la procedura-tipo.

L'iniziativa legislativa, cioè la presentazione di progetti di legge, spetta a soggetti determinati (Governo, membri delle Camere, Regioni, cinquantamila cittadini).

L'istruttoria è svolta dalla Commissione parlamentare competente per materia (in sede referente), mentre la decisione consta in genere di due passaggi, l'approvazione articolo per articolo, e la votazione sul testo complessivo. Quando entrambi i passaggi si svolgono nel plenum di ciascuna camera si ha la procedura ordinaria; quando il primo o entrambi i passaggi si svolgono in sede di Commissione, questa viene denominata rispettivamente *redigente* e *deliberante*. In sede deliberante sono approvate le cosiddette *leggine*, teoricamente di contenuto meno importante.

Una volta approvata nello stesso testo da entrambe le Camere, la legge viene vistata (*promulgata*) dal Capo dello Stato, che può, a garanzia della costituzionalità del testo, rinviarla alle Camere, ma deve

comunque procedere se queste la riapprovano. Infine, la legge è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale e, dopo la *vacatio legis*, in genere 15 giorni, entra in vigore.

Funzione legislativa. Procedimento ordinario/1

Secondo la Costituzione, la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere.

Il procedimento legislativo ordinario prevede diverse fasi. La prima fase è quella dell'*iniziativa* che consiste nel potere di presentare un progetto di legge alla presidenza di una delle due Camere affinché su di esso il Parlamento deliberi. La Costituzione attribuisce questo potere, in via principale, al Governo, a ciascun parlamentare, al popolo (nella persona di almeno cinquantamila elettori), ai consigli regionali, al CNEL.

Tra le forme di iniziativa ha importanza preponderante quella governativa in quanto i disegni di legge del Governo sono in gran parte strumento di attuazione del programma presentato alle Camere all'atto di chiedere loro la fiducia.

Peraltro, vi sono disegni di legge che solo il Governo può presentare (c.d. leggi riservate); sono tali quelli aventi ad oggetto i bilanci, i rendiconti consuntivi, la ratifica dei trattati internazionali e, per loro stessa natura, i disegni di legge finanziaria e quelli di conversione dei decreti legge.

Successivamente alla presentazione di un progetto di legge, se manca una volontà politica sufficiente a portarlo avanti, non si procede oltre ed esso decade alla fine della legislatura: è il fenomeno c.d. dell'insabbiamento.

Funzione legislativa. Procedimento ordinario/2

La seconda fase del procedimento legislativo ordinario è quella istruttoria che è di specifica competenza delle commissioni, in genere di quelle permanenti, ed ha carattere obbligatorio. La commissione competente, esaminato il progetto, presenta all'assemblea una relazione in cui propone di accoglierlo o di respingerlo, oppure può presentare emendamenti al testo presentato o formulare essa stessa un nuovo testo (commissione in sede referente).

La terza fase è quella deliberante. Essa si svolge in assemblea e comprende la discussione generale, la discussione articolo per articolo e la discussione finale. Dopo la discussione generale, che ha il fine di accertare se esiste una maggioranza favorevole al progetto in assemblea, quest'ultima discute e delibera sulla legge articolo per articolo, eventualmente apportando degli emendamenti. Infine, si ha l'approvazione finale, necessaria perché la legge potrebbe uscire, dopo la discussione articolo per articolo, modificata rispetto al testo presentato all'assemblea.

È necessario che entrambe le Camere votino lo stesso identico testo affinché esso sia positivamente licenziato dal Parlamento; perciò, se una Camera apporta degli emendamenti al testo che gli arriva dall'altra, allora il progetto deve tornare alla prima perché essa deliberi sul punto se intende accettare o meno gli emendamenti proposti dalla seconda, essendo possibili in questa sede solo emendamenti conseguenti a quelli apportati dall'altra Camera. Se li accetta, il consenso si forma; altrimenti, il progetto torna a fare la "navetta" fra le due Camere sino all'approvazione.

Gli altri procedimenti

L'art. 72, secondo comma, della Costituzione, prevede che si possa ricorrere ad un procedimento legislativo *abbreviato* per i disegni di legge di cui è dichiarata l'urgenza; effetto della dichiarazione d'urgenza è la riduzione, come disciplinata dai regolamenti, dei termini del procedimento ordinario.

Nel procedimento *decentrato* le commissioni si sostituiscono all'assemblea nella discussione e nell'approvazione delle leggi (commissioni in sede deliberante o legislativa), purché composte in modo tale da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Sono peraltro esclusi i disegni di legge in

materia costituzionale ed elettorale, di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.

Il procedimento legislativo delle commissioni in sede redigente consiste nell'affidare alle commissioni la redazione, cioè la definitiva formulazione degli articoli del disegno di legge, riservandone l'approvazione all'assemblea.

Il procedimento di approvazione della legge di bilancio e delle leggi connesse presenta aspetti particolari. Innanzitutto ad esso partecipano tutte le commissioni permanenti; poi, una serie di disposizioni regolamentari mira ad impedire che, da un lato, i caratteri della manovra di finanza pubblica predisposta dal Governo vengano alterati nella sostanza e, dall'altro, a far sì che l'approvazione avvenga prima del 31 dicembre in modo da evitare l'esercizio provvisorio.

Fonti equiparate (1)

In virtù del principio di divisione dei poteri la funzione legislativa appartiene al Parlamento, e il Governo non può esercitarla, se non su delega del primo, o eccezionalmente per ragioni di grave necessità. Si tratta delle *fonti equiparate*, che hanno forza, ma non valore di legge.

Nel primo caso, in base all'art. 76, Cost. it., è necessaria una apposita *legge di delegazione*, che preveda la materia e il tempo di delega, nonché i criteri vincolanti cui il Governo deve attenersi, pena l'annullamento per *eccesso di delega* accertato dalla Corte costituzionale.

Le fasi più rilevanti della *procedura* di formazione del decreto legislativo (o delegato, in sigla "d.lgs.") sono: l'approvazione del Governo. l'emanazione mediante decreto del Presidente della Repubblica e la pubblicazione sulla G.U.

La delegazione legislativa serve in genere a disciplinare materie complesse, o tecniche, realizzare grandi riforme (scuola), raccogliere in *Testi Unici* le legislazioni settoriali

Fonti equiparate (2)

Nel secondo caso (art. 77, Cost. it.) il governo può senza delega emanare *decreti legge*, ma solo davanti a situazioni straordinarie di *necessità ed urgenza*, che non possano per ragioni di contingenza essere risolte da un organo lento e complesso quale il Parlamento.

Il decreto legge entra in vigore non appena pubblicato sulla G.U. e va presentato il giorno stesso alle Camere, che possono approvarlo entro sessanta giorni, anche con modificazioni, mediante una *legge di conversione*.

Il procedimento di conversione dei decreti legge prevede, quale aspetto tipico, un esame preventivo del decreto sulla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 della Costituzione. La conversione è comunque rimessa all'assemblea.

Il decreto non convertito perde validità ed efficacia retroattivamente, fin dalla data della sua entrata in vigore. Il Governo è responsabile in sede politica e, teoricamente, anche degli effetti economici e giuridici del decreto; in pratica, le Camere sanano sempre, con una norma apposita, tali effetti.

Fonti secondarie statali

Le fonti secondarie sono atti sostanzialmente normativi, ma formalmente hanno la *natura* di atti amministrativi, e sono privi di forza di legge, per cui sono soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo, e non del giudice costituzionale.

Le principali fonti secondarie statali sono i *regolamenti governativi*, che hanno una *procedura* tipizzata: sono deliberati dal consiglio dei ministri sentito il parere del Consiglio di Stato, controllati dalla Corte dei conti ed emanati con decreto del Presidente della Repubblica (DPR).

La legge n. 400 del 1988, all'art. 17, prevede 5 tipi di regolamenti : a) *di esecuzione* delle fonti primarie; b) *di attuazione* ed integrazione, in materie coperte da riserva di legge; c) *indipendenti*, in materie non coperte da riserva di legge, e non disciplinate da fonti primarie; d) *di organizzazione*, per la disciplina delle

strutture amministrative e del rapporto di impiego pubblico; d) *delegati*, in materie non coperte da riserva di legge assoluta e previa espressa autorizzazione legislativa che ne fissa i principi.

I *regolamenti ministeriali*, infine, non sono emanati con DPR, ma con decreto ministeriale (D.M.), e solo quando vi sia una espressa previsione da parte di una fonte primaria.

Fonti Regionali e locali

Il mutamento globale del rapporto di forze tra Stati e poteri territoriali substatali (Regioni, Enti locali, Stati federati) a vantaggio di questi ultimi, verificatosi alla fine del novecento, sarà descritto nelle lezioni successive. Qui notiamo che esso si presenta come rivalutazione delle fonti primarie e secondarie del *diritto locale*, su cui non esiste più il controllo dei governi centrali, e che possiede una compiuta disciplina nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione italiana, nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Sia lo Statuto che la legge regionale hanno forza di legge, e dunque sono fonti primarie. In più, lo Statuto, per la sua procedura e la resistenza alle modifiche, si presenta come fonte rinforzata, quasi una *Costituzione regionale*.

La legge regionale ha diversi caratteri a seconda dell'oggetto; in alcune materie (es. la formazione professionale) essa è *esclusiva*, mentre in altre, come l'istruzione, è *concorrente* con le leggi statali di principio. In altre ancora, riservate alla competenza esclusiva dello Stato, come ad esempio la difesa o la determinazione dei livelli essenziali dei diritti sociali, essa è solo attuativa.

I regolamenti regionali sono invece fonti secondarie, come pure gli Statuti e i regolamenti dei comuni e delle province, la cui disciplina è ora coordinata nel Testo Unico degli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000)

III.—**FONTI EUROPEE**

4.—**Norme interne e norme comunitarie**

Il diritto europeo è destinato in massima parte (con l'eccezione delle norme attinenti l'organizzazione interna della Comunità) a spiegare i suoi effetti all'interno degli Stati membri, accanto ai diritti interni di questi ultimi, ed è quindi suscettibile di entrare in conflitto con gli stessi.

Tali potenziali conflitti sono stati risolti sulla base della affermazione – ormai pacificamente condivisa sia a livello della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee che dei giudici nazionali – del primato del diritto comunitario sul diritto interno, sia anteriore che posteriore.

2.—**Il sistema delle fonti comunitarie.**

Come tutti i moderni ordinamenti giuridici a carattere politico, quali gli ordinamenti statali fondati sulla supremazia della legge e sulla divisione dei poteri, l'Unione europea si modella sul principio di legalità, nel senso che l'esercizio del potere pubblico, come quello delle attività private, è organizzato e limitato dal diritto comunitario, posto da specifiche e predeterminate fonti.

Alle fonti comunitarie va applicata la teoria generale, con gli opportuni adattamenti. Vigge pertanto il principio di gerarchia (i Trattati prevalgono sul diritto derivato, Trattati e fonti derivate prevalgono sulle fonti di diritto interno degli Stati membri); vigge il principio della successione delle fonti nel tempo (tra fonti di pari grado prevale la successiva); vigge il principio di specialità (tra fonti di pari grado prevale quella che disciplina casi specifici su quella che disciplina casistiche generali); vigge infine il principio di competenza, in quanto espressione del principio di sussidiarietà (la fonti comunitarie non possono invadere le competenze riservate dai Trattati al diritto interno degli Stati membri).

Gli strumenti tipici del metodo comunitario (direttive, regolamenti, decisioni ...) sono fonti del diritto nel senso pieno del termine, in quanto incidono direttamente in forma pienamente vincolante sugli Stati membri e sui loro ordinamenti interni, in un contesto di sovranazionalità tra Unione e Stati membri. Diversamente, gli strumenti caratteristici della cooperazione intergovernativa (orientamenti generali, strategie e azioni comuni, posizioni comuni, cooperazione sistematica, decisioni e le decisioni quadro, quasi sempre adottati all'unanimità, obbligatori ma, salvo casi particolari, non pienamente vincolanti per gli Stati Membri) sono formulati più in forma convenzionale di natura internazionalistica che come fonti di un ordinamento sovranazionale.

Quadro e tipologia

Le fonti del diritto comunitario costituiscono nel loro complesso una fitta rete di atti, principi e regolazioni, di varia natura, portata ed efficacia formale. Sebbene la dottrina non sia concorde su varie questioni teoriche, indichiamo qui di seguito un quadro sommario dei principali atti e procedure in senso ampio influenti sulla formazione e applicazione del diritto comunitario, e la classificazione in base all'effetto, rinviando alle successive slide informazioni e distinzioni di dettaglio.

1. Fonti di primo grado (o supreme)
 - Trattati e altre fonti convenzionali
 - Principi del diritto comunitario
 - Accordi internazionali
2. Fonti derivate:
 - 2a. Vincolanti (Direttive; Regolamenti; Decisioni)
 - 2b. Non vincolanti (Raccomandazioni; Pareri)

Classificazioni.

a) Primarie o Supreme (Es.: Trattati) e Derivate (es.: Direttive), a seconda della posizione gerarchica

b) vincolanti (es.: Trattati, Direttive, Regolamenti, Decisioni) e non vincolanti (es.: Raccomandazioni), a seconda che il contenuto normativo sia costituito da un comando assistito da sanzioni coattive oppure da una esortazione non direttamente sanzionabile, anche se non del tutto priva di effetti giuridici.

c) di portata generale (es.: Trattati, Direttive, Regolamenti) e di portata individuale (es.: Decisioni, Raccomandazioni), a seconda che si rivolgano a una collettività indeterminabile, oppure a uno o più destinatari individuabili con precisione.

d) di diretta applicabilità (es.: Trattati, Regolamenti) e non direttamente applicabili (es.: Direttive), a seconda che dispongano di forza propria – nel senso che non sia necessario (né consentito) alcun atto degli Stati membri che ne ordini l'esecuzione –, oppure che ai fini dello loro efficacia nei confronti dei cittadini e dei pubblici poteri interni agli Stati membri occorran attività di adeguamento e attuazione da parte di questi ultimi.

I Trattati.

Le fonti supreme del diritto comunitario sono costituite in primo luogo dai Trattati (fonti di “diritto convenzionale”), stipulati di comune accordo tra tutti gli Stati membri, e recepite negli ordinamenti nazionali con le procedure previste dalle disposizioni costituzionali di ciascuno Stato.

Il complesso dei Trattati esistenti costituisce un embrione di Costituzione dell'Unione. In realtà, se sotto il profilo dell'efficacia formale, cioè della forza di legge, tutti i Trattati hanno un rango costituzionale. Sotto il profilo della forma e del contenuto il testo dei Trattati e ancor di più della Costituzione europea presentano l'anomalia di interi settori normativi di estremo dettaglio, discostandosi dal modello più classico delle Costituzioni europee, anche nella loro veste di Costituzioni “lunghe”.

I Trattati possono essere sottoposti a modifiche e aggiornamenti, che in genere richiedono procedure identiche a quelle necessarie per la loro formazione. I testi integrali dei Trattati attualmente vigenti, nelle versioni consolidate, possono rinvenirsi in <http://europa.eu.int/eurlex/lex/it/treaties/index.htm>.

I principi generali del diritto

Sebbene l'unico richiamo positivo ai principi generali del diritto sia contenuto nell'art. 288 TCE per definire le modalità della responsabilità giuridica della Comunità nei confronti dei terzi, la Corte di giustizia, estendendone la portata, ha elaborato un diritto comunitario non scritto, proprio facendo leva sui principi generali, che sono così divenuti parte integrante del diritto comunitario.

In realtà, il significato, la natura e la portata di tali principi sono di dominio esclusivo della Corte di giustizia, che dunque, attraverso la sua giurisprudenza (v. lezione 8) è divenuta essa stessa una fonte suprema del diritto europeo.

Una elencazione minima di tali principi comprende: le regole fondamentali del diritto internazionale (ad esempio: *pacta sunt servanda*) e comunitarie (solidarietà, sussidiarietà, primato e diretta applicabilità del diritto comunitario, mutuo riconoscimento delle legislazioni ...), nonché i principi comuni agli Stati membri (certezza del diritto, ragionevolezza, proporzionalità, buona fede e affidamento del cittadino, ...).

Atti e fonti di diritto derivato

Nel contesto delle materie del primo Pilastro il diritto dei Trattati europei viene attuato mediante fonti gerarchicamente subordinate ai Trattati stessi, il cui complesso è noto come diritto comunitario

derivato, individuate principalmente dall'articolo 249 TCE. Caratteri essenziali sono l'efficacia diretta e la supremazia sui diritti statali; possono contenere disposizioni giuridiche generali ed astratte (direttive, regolamenti), oppure provvedimenti concreti e puntuali (decisioni).

Anche senza essere dotati di forza cogente hanno rilievo, talora notevole, nella costruzione del diritto comunitario, gli atti non formalmente vincolanti, come le raccomandazioni, i pareri e le risoluzioni. A tali atti vanno aggiunti altre fonti atipiche di diritto derivato, di efficacia e forza variabile, come ad esempio i regolamenti interni, gli accordi interistituzionali, le intese, i programmi di azione comunitaria.

Direttive

In linea di principio, le direttive comunitarie sono atti normativi generali destinati essenzialmente al ravvicinamento delle legislazioni e alla costruzione di sistemi giuridici uniformi, con efficacia vincolante, secondo la lettera formale del Trattato, solo nei confronti degli Stati, ai quali pongono un obbligo di risultato, che gli Stati debbono comunque conseguire, anche se hanno facoltà di utilizzare i mezzi e le tecniche giuridiche più adeguate e opportune nel loro specifico contesto nazionale.

In caso di violazione degli obblighi che una direttiva pone allo Stato membro, questo risponde su iniziativa della Commissione, mediante una speciale procedura sanzionatoria (detta di infrazione) che, in base all'art. 226 TCE, può culminare in un ricorso davanti alla Corte di giustizia, e, in casi particolari, espone lo Stato inadempiente a ricorsi dei cittadini per il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inattuazione della direttiva.

Direttive "self executing"

La nozione di direttiva è stata integrata dalla Corte di giustizia (v. anche lez. 8), che ne ha riconosciuto in alcuni casi la diretta applicabilità all'interno degli ordinamenti nazionali, aggirando così l'inadempimento da parte degli Stati e realizzando gli obiettivi di uniformizzazione del diritto interno senza la collaborazione degli Stati stessi.

Affinché una direttiva sia self executing occorre che essa:

- sia inattuata e scaduta, cioè siano trascorsi i termini fissati per l'attuazione da parte dello Stato;
- contenga disposizioni incondizionate, dettagliate, chiare e precise. L'effetto diretto della direttiva è solo "verticale", cioè si produce solo nei confronti del diritto nazionale e dello Stato (che è responsabile del mancato adempimento); in nessun caso essa può far sorgere nuovi obblighi in capo ai singoli cittadini (essa, cioè, non può avere un effetto "orizzontale").

Regolamenti.

Come le direttive, i regolamenti hanno portata generale, ma a differenza di quelle, che sono in via di principio obbligatorie solo per gli Stati e solo per il perseguimento del risultato indicato, il trattato prevede che i regolamenti sono obbligatori "in tutti i loro elementi", ed hanno efficacia immediata e diretta anche all'interno degli ordinamenti nazionali, cioè nei confronti dei cittadini, delle imprese, delle pubbliche amministrazioni. In questo senso le direttive self executing sono assimilabili ai regolamenti.

Si tratta in genere di fonti molto tecniche e puntuali, che si occupano direttamente delle forme e di tutti gli aspetti della produzione e della distribuzione delle merci, della prestazione di servizi e in genere del ciclo produttivo complessivamente considerato, anche in riferimento ai suoi rapporti con la società e le istituzioni in genere (e dunque anche delle politiche strutturali e di incentivazione, della attuazione di programmi di intervento, della predisposizione di risorse finanziarie e così via).

Decisioni

Come i regolamenti, le decisioni sono atti obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili, ma, a differenza dei regolamenti e delle direttive, non hanno portata generale, essendo vincolanti soltanto per i destinatari specificamente individuati (imprese, organismi, cittadini e gli stessi Stati).

Pertanto, indipendentemente dalla denominazione di un atto come decisione, bisognerà caso per caso accertare se vi siano uno o più destinatari determinati. In caso affermativo, si è in presenza di una decisione in senso tecnico, che come tale è assimilabile ad un provvedimento amministrativo ricettizio, che inizia cioè a produrre effetti quando giunge a conoscenza del destinatario.

Come i regolamenti e le direttive self executing, le decisioni possono e debbono essere direttamente applicate dai giudici (e dalle amministrazioni) nazionali; ne consegue che i pubblici poteri interni, in sede legislativa, amministrativa e giurisdizionale, debbono disapplicare le fonti normative nazionali quando esse contrastino con il contenuto chiaro, preciso ed incondizionato di fonti comunitarie direttamente applicabili.

Caratteri e procedure

L'avvio della procedura per l'emanazione di atti comunitari vincolanti è sempre dato dalla proposta della Commissione; si tratta di un potere esclusivo, e molto importante, che in parte condiziona anche il contenuto finale dell'atto, la cui adozione formale, in genere, spetta al Consiglio e al Parlamento europeo.

Sia la proposta che l'atto definitivo debbono essere motivati, mentre solo per i regolamenti è obbligatoria la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (GUUE), in quanto direttive e decisioni debbono essere obbligatoriamente notificate ai destinatari; tuttavia è prevalsa la prassi della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale anche delle direttive e delle decisioni più rilevanti.

Da tempo gli atti normativi europei sono sottoposti a procedure di semplificazione, codificazione, drafting e controlli della qualità e dell'impatto regolatorio.

Raccomandazioni

Si tratta di atti comunitari non direttamente vincolanti che rivolgono, indicazioni e indirizzi a destinatari individuati o individuabili, in forma individuale e/o collettiva.

In realtà esse non sono del tutto prive di effetti giuridici: le amministrazioni degli Stati debbono tener conto delle raccomandazioni, e non possono assumere decisioni difformi senza una adeguata e razionale motivazione. Inoltre, l'interpretazione di una raccomandazione può dar adito a rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, la cui pronuncia può risultare rilevante per la soluzione di controversie pendenti dinanzi ad un giudice nazionale (Corte di giustizia, sent. del 15 giugno 1976, causa 113/75).

Spesso le raccomandazioni si inseriscono in un contesto più ampio e complesso (fondi strutturali, riconoscimento di titoli e qualificazioni ...), che ne rafforza l'efficacia; ad esempio, programmi nazionali o regionali gravemente difformi dai contenuti delle raccomandazioni potrebbero essere esclusi dal finanziamento comunitario.

Pareri

A differenza delle raccomandazioni, che possono essere emanate solo da Parlamento, Consiglio e Commissione, i pareri possono essere emanati anche dagli organismi consultivi (Comitato delle Regioni e Comitato economico e sociale) e soprattutto dalla Corte di giustizia, relativamente alla conclusione di Accordi internazionali. Solo in quest'ultimo caso, previsto dall'art. 300 paragrafo 6 TCE, il parere negativo della Corte ha alcuni effetti giuridici, perché impedisce all'accordo di entrare in vigore a meno che non sia ratificato da tutti gli Stati membri. In tutti gli altri casi, i pareri non sono formalmente vincolanti.

In linea generale, i pareri si distinguono dalle raccomandazioni perché queste ultime forniscono indirizzi di comportamento ai destinatari, mentre i pareri, in genere, esprimono il punto di vista dell'organo che li emana.

IV. **PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

4. **Sovranità e apparati**

Il funzionamento in concreto di *sovranità e indirizzo politico* può essere compreso se si considera che ogni effetto giuridico dell'azione dei pubblici poteri è prodotto tramite *apparati strumentali*; le società del novecento pullulano di strutture del tipo, che dispongono di *forme giuridiche puntuali di potere* (atti amministrativi): comandi, divieti, permessi, regolazioni, atti di gestione finanziaria.

L'insieme degli apparati strumentali costituisce la *Pubblica Amministrazione in senso soggettivo* (PA); a volte si utilizza lo stesso nome per designare il complesso delle attività svolte da tali strutture, si parla, cioè di *Pubblica Amministrazione in senso oggettivo*, nel senso, cioè, di *funzione o attività amministrativa*.

Nello Stato liberale, il nucleo della PA risiedeva nei Ministeri; più recentemente, data la frammentazione del potere in direzione di entità giuridiche diverse dallo Stato, si parla, al plurale, di *Pubbliche Amministrazioni*. In ogni caso, si tratta di *apparati serventi* rispetto agli Enti che ne dispongono, e dei quali debbono attuare la volontà, espressa tramite le fonti del diritto: ciò significa che le PA non possono disporre dei *fini* della propria attività esecutiva, che sono rigidamente predeterminati dall'ordinamento giuridico.

Gli istituti scolastici sono pubbliche amministrazioni, e la loro azione si svolge nell'alveo del diritto amministrativo.

Diritto amministrativo (1)

È costituito dall'insieme coordinato e scientificamente sistemato delle norme sulle Pubbliche Amministrazioni, sui rapporti tra esse, e con i soggetti privati. Inizialmente era un diritto di derivazione esclusivamente statale: oggi esso trae le sue fonti da una pluralità di livelli (statale, regionale, locale e sovrastatale, in particolare comunitario); si tratta inoltre di un diritto *speciale*, derivante da una fitta legislazione settoriale che si è sovrapposta alle codificazioni, le cui regole fanno eccezione ai principi del diritto comune ai soggetti privati.

La specialità è garantita anche dal fatto che i conflitti inerenti le PA sono devoluti a una giurisdizione speciale, inizialmente di derivazione governativa, cioè il giudice amministrativo (Consiglio di Stato e TAR), diverso dal giudice ordinario (Tribunali, Corti di Appello, Corte di Cassazione) al quale sono devolute in via di principio le cause tra privati.

Diritto amministrativo (2)

Tuttavia, nei tempi recenti la specialità si è attenuata, venendo a crescere sempre più l'area dei casi in cui alle PA si applica lo stesso diritto comune al quale sono sottoposti i soggetti privati, e venendo sempre più parimenti a crescere la competenza del giudice ordinario in materia amministrativa, da un lato, e gli strumenti giudiziali di tipo ordinario a disposizione del giudice amministrativo, dall'altro.

Si tratta di un punto di arrivo che può essere compreso ricordando che gli ordinamenti statali si sono storicamente evoluti in due diverse direzioni: il sistema di *civil law*, o *a diritto amministrativo*, di derivazione europea continentale, e il sistema di *common law*, di derivazione anglosassone, e che in tempi più recenti hanno subito una ulteriore evoluzione, nel senso della circolazione dei modelli e della convergenza dei sistemi, specie a causa della crescente influenza del diritto comunitario e sovranazionale.

Principi costituzionali

Il disegno costituzionale formale della PA contiene alcuni principi di derivazione liberaldemocratica.

Vi è in primo luogo il principio di legalità e riserva di legge: le PA hanno poteri imperativi e dispongono di risorse della collettività; la loro stessa esistenza e il loro comportamento deve essere in ogni caso riconducibile a fonti del diritto (art. 97, 117 Cost.).

Le PA sono apparati serventi dello Stato o delle Autonomie locali (art. 95 Cost.), che debbono seguire le regole del *buon andamento e imparzialità* (art. 97, c. 1, Cost.); conseguentemente la scelta delle

persone fisiche che le compongono (accesso al pubblico impiego) non può essere arbitraria, ma va effettuata mediante pubblico concorso (art. 97, c. 3, Cost.), e i funzionari pubblici sono al servizio esclusivo della Nazione (art. 98, Cost.)

A questi principi l'evoluzione della Costituzione materiale, nel quadro del contesto europeo e sovranazionale ne ha aggiunto altri, in particolare una maggiore valorizzazione del principio autonomistico e la subordinazione al diritto comunitario che impone i principi di ragionevolezza, trasparenza, proporzionalità e la tutela dell'affidamento del cittadino. E, infine, la nuova Costituzione finanziaria richiede il rispetto del *principio di produttività*, che si aggiunge a quelli di efficienza, efficacia, economicità e di separazione tra amministrazione e politica.

Struttura

All'articolazione originaria per Ministeri (amministrazione diretta) si è aggiunta nel corso del tempo una quantità di figure e modelli organizzativi, in particolare mediante enti pubblici, che configurano l'amministrazione indiretta, che significa in sostanza che lo Stato si avvale di un centro di imputazione giuridica autonomo (Ente pubblico = persona giuridica pubblica) e separato dallo Stato.

Nel primo caso i rapporti interni tra i vari uffici e i vari livelli (amministrazione centrale / periferica) sono prevalentemente organizzati sul modello della gerarchia, con competenza generale e poteri imperativi ordinatori del superiore rispetto all'inferiore gerarchico; nel secondo caso si instaura un rapporto di nomina, direzione, coordinamento e controllo, privo di poteri ordinatori, tra lo Stato (o un suo organo, il Ministro) e l'Ente.

La modellistica statale si è in un certo senso replicata, in formato minore, nella strutturazione organizzativa di Regioni ed Enti locali.

L'evoluzione più recente di alcuni settori (moneta, mercato, telecomunicazioni, tutela del risparmio...), che per la loro natura richiedono decisioni tecniche e neutrali, più che politiche, ha portato alla creazione di nuovi modelli, le *Autorità indipendenti*, la cui struttura e funzione amministrativa sono staccate completamente dagli organi di vertice dell'amministrazione statale. che pertanto non hanno, nei confronti delle prime né poteri di nomina, né poteri di ingerenza.

I Ministeri

Richiamando quanto detto in lezioni precedenti, va qui specificato che le fonti organizzative dei Ministeri sono individuate dalla l. 59/97, a scala, a) nella legge ordinaria (numero dei ministeri e principi di organizzazione), b) nei regolamenti governativi di delegificazione (uffici dirigenziali generali, piante organiche), c) nei decreti ministeriali (uffici dirigenziali non generali), d) in atti di organizzazione interna (assunti dalla Dirigenza con i poteri del privato datore di lavoro).

La legge 300/1999 ha individuato due modelli organizzativi: a) per Dipartimenti; b) per Direzioni generali.

Altre strutture sono le Aziende autonome (decentramento tecnico funzionale) con autonomia organizzativa e di bilancio, e le Agenzie pubbliche, ad alta specializzazione tecnica.

I Ministeri sono fondati sulla separazione tra politica e amministrazione: l'esercizio di tutti i compiti e le funzioni amministrative compete ai Dirigenti, la direzione politica al Ministro, che la esercita attraverso direttive generali annuali in cui sono stabiliti gli obiettivi, le priorità e i budget dei singoli apparati, in attuazione dei documenti di finanza pubblica e del bilancio dello Stato .

9 L'organizzazione periferica

Storicamente, il perno dell'a. p. dello Stato è il Prefetto (di cui abbiamo detto anche in altre lezioni); si tratta di organo a competenza generale, che oggi, nei capoluoghi regionali, sostituisce la soppressa figura del Commissario del Governo nello svolgimento delle funzioni di *rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie*.

In Italia, a differenza del modello francese in cui l'organo racchiude tutte le funzioni decentrate, accanto alle Prefetture (divenute Uffici Territoriali del Governo, UTC) si sono avute parecchie strutture

specializzate, come ad esempio le Soprintendenze, e, nel settore scolastico, i Provveditorati, ora divenuti strutture integranti delle Direzioni scolastiche regionali della Pubblica Istruzione.

Una più marcata *devolution* potrebbe condurre, come in parte è avvenuto in alcuni casi (agricoltura, urbanistica ...), ad una più o meno completa regionalizzazione delle strutture periferiche specializzate statali; per ragioni evidenti, il processo non riguarda le Prefetture.

Per alcuni rilevanti compiti, anche il Sindaco svolge il ruolo di organo decentrato (Ufficiale di Governo); solo ed esclusivamente per tali funzioni (che attengono allo stato civile dei cittadini e alla pubblica sicurezza) il Sindaco dipende gerarchicamente dal Prefetto e, attraverso questi, dal Governo.

Il pubblico impiego

Il sistema normativo che parte dal d.lgs. 29/93 e giunge al TU sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (d.lgs. 165/2001) costituisce una riforma organica del pubblico impiego, ispirata alla *privatizzazione* del rapporto, mediante l'applicazione anche ai pubblici dipendenti delle stesse regole che valgono per i rapporti di lavoro privati.

Coerentemente, le controversie relative al pubblico impiego sono ora devolute alla giurisdizione ordinaria del lavoro, mentre in passato appartenevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Inoltre, viene superata la disciplina unilaterale da parte dell'amministrazione, in favore di un rapporto contrattuale, e della contrattazione collettiva, tra i sindacati e l'*Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*, ARAN. È sottratta alla privatizzazione, e rimane affidata alla legge e ai regolamenti, ovvero agli atti organizzativi interni, tutta la disciplina dell'organizzazione degli uffici, che resta attratta nell'orbita del diritto amministrativo.

Un altro elemento centrale riguarda la definizione dei compiti e delle responsabilità della dirigenza amministrativa, articolata in due figure: i *dirigenti generali*, direttamente responsabili nei confronti del Governo, soggetti al cd *spoils system* (art. 19, d.lgs. 165/2001), e i *dirigenti*, che accedono al posto per concorso.

Il meccanismo giuridico di attivazione delle PA parte dalla legge, che individua un apparato cioè una struttura amministrativa, incardina su di essa un interesse pubblico, e le affida una funzione amministrativa, che legittima lo svolgimento da parte della PA di una attività amministrativa.

Il criterio di distribuzione delle funzioni tra le varie amministrazioni è quello della *competenza amministrativa*, che si suddivide a) per materia (istruzione ... con possibili sub-ambiti: assistenza scolastica, edilizia scolastica ...); b) per territorio (Comuni, Prefetture ...); c) per grado di gerarchia (il superiore gerarchico possiede tutte le competenze amministrative dei suoi subordinati).

Funzione amministrativa.

L'attività amministrativa si estrinseca mediante atti amministrativi o forme contrattuali, ed ha carattere *concreto* (a differenza della creazione del diritto, che ha natura di astrazione e generalità), con *fini obbligati* (mentre l'attività politica è libera nel fine); può essere *vincolata*, se la legge predetermina dettagliatamente fini e mezzi, oppure *discrezionale*, se la PA deve scegliere, tra tutti i mezzi consentiti dalla legge per conseguire il pubblico interesse, quello più ragionevole, efficace e proporzionato.

Discrezionalità amministrativa è tutt'altro che arbitrio, e incontra vari limiti, derivanti dalla necessaria ponderazione tra l'interesse pubblico di cui la PA è portatrice con altri interessi (generali, di altre amministrazioni, di privati); di conseguenza la soluzione perseguita nella decisione amministrativa realizzerà un *interesse pubblico concreto* che deriva dall'equilibrio degli interessi coinvolti. La ponderazione, che deve essere guidata dai principi di logica, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza, è una componente essenziale del *procedimento amministrativo*.

Procedimento amministrativo

Come per tutte le funzioni pubbliche, la procedimentalizzazione è una garanzia di limitazione, condivisione, razionalità, legittimazione e controllo del potere che nella specie si esprime mediante l'emanazione di un atto amministrativo.

Lo schema procedimentale si sviluppa in fasi, ciascuna corrispondente a uno stadio di garanzia. L'iniziativa, che dà avvio al procedimento, è in particolare soggetta a obbligo di comunicazione ai soggetti interessati, mentre nell'istruttoria la PA raccoglie ogni elemento utile a valutare e ponderare i diversi interessi in gioco. La fase costitutiva (o di decisione) è quella in cui il titolare della funzione amministrativa formula una volontà definitiva e stabilisce il contenuto dell'atto amministrativo. Vi è poi una fase di integrazione dell'efficacia (composta da eventuali controlli e dalla necessaria comunicazione dell'atto agli interessati) senza la quale l'attività amministrativa, se pure validamente posta in essere, non produce effetti giuridici sui destinatari.

Il procedimento, nelle ultime versioni della l. 241/90, è costellato di regole di trasparenza e modelli di coordinamento e semplificazione; la PA ha una serie di obblighi: individuare un responsabile del procedimento, procedere e concludere entro un termine fissato, ponderare gli interessi attraverso appositi strumenti (conferenze di servizi), motivare le decisioni anche in rapporto all'istruttoria svolta; esistono inoltre vari diritti e facoltà degli interessati (intervento in ogni fase, accesso agli atti, conclusione di accordi sostitutivi del provvedimento).

Atto e provvedimento

Vanno in primo luogo distinti gli atti meramente strumentali al procedimento con rilevanza solo interna (pareri, certificazioni ...) dagli atti decisionali, dotati di efficacia esterna, cioè i *provvedimenti amministrativi*, con i quali la PA modifica autoritativamente, dilatandole o restringendole, le situazioni giuridiche soggettive dei privati o di altre amministrazioni.

Requisito fondamentale del provvedimento è quello della sua legittimità, senza il quale esso può essere dichiarato nullo o inesistente, o essere annullato dal giudice amministrativo (GA) oppure disapplicato dall'autorità giurisdizionale ordinaria (AGO). In tutti i casi l'amministrazione è responsabile per ogni danno arrecato ai diritti e agli interessi dei destinatari dell'atto illegittimo.

In particolare, il provvedimento è nullo quando manca di un elemento essenziale (ad esempio quando è viziato da incompetenza assoluta, ad esempio un atto di competenza ministeriale emanato dalla Regione), mentre è annullabile se, pur completo, è affetto da vizi di legittimità: si tratta dell'incompetenza relativa (ad esempio un atto di competenza dirigenziale emanato dal Sindaco), della violazione di legge (ad esempio il mancato rispetto di procedure essenziali) e dell'eccesso di potere (quando è viziata la discrezionalità amministrativa).

Attività contrattuale

Il provvedimento amministrativo, sebbene come il contratto di diritto privato sia un meccanismo di regolamentazione di interessi, se ne distingue per la sua unilateralità e la sua imperatività (autoritatività), mentre il contratto implica la parità giuridica formale tra le parti; l'evoluzione del diritto amministrativo ha portato le due figure a divenire forme fungibili di attuazione dell'interesse pubblico; come statuisce ora il nuovo testo della l. 241/90 (mod. dalla l. 15/2005) la PA ha capacità contrattuale "generale", e può curare gli interessi pubblici tanto con strumenti di diritto pubblico quanto con strumenti di diritto privato, salvo diversa disposizione di legge.

Ovviamente, la scelta dello strumento privatistico, che deve comunque essere preceduta da una determinazione amministrativa che autorizza la PA a contrattare, deve comunque rispondere ai generali criteri di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, e soprattutto, quando si tratta di *appalti pubblici* rilevanti per il diritto comunitario, applicarne le regole di evidenza pubblica (gara d'appalto aperta a tutti i cittadini UE e procedure trasparenti).

Servizi pubblici

I servizi pubblici sono attività materiali, e non esercizio di funzioni pubbliche autoritative, mediante le quali la PA eroga prestazioni di varia natura ai cittadini; per capire meglio si pensi alla differenza che passa tra una sanzione amministrativa elevata da un vigile urbano, e l'assistenza domiciliare agli anziani svolta dal Comune.

In passato la maggioranza dei servizi pubblici era svolta in posizione di monopolio statale o municipale, e costituiva la forma tipica di svolgimento delle funzioni di *welfare* e di interventismo pubblico dello Stato sociale. Crisi della finanza pubblica, globalizzazione e diritto comunitario hanno da tempo aperto i servizi pubblici al mercato, mediante forme di completa dismissione statale (privatizzazione) e liberalizzazione oppure mediante sistemi misti pubblico/privato, anch'essi soggetti alle regole europee.

In particolare nel caso di servizi a rilevanza industriale, cioè imprenditoriale (servizio idrico, trasporti pubblici ...) la regola generale è l'affidamento in concessione a imprese private mediante gara europea; per le altre categorie di servizi (ad esempio, a carattere sociale o culturale) le PA (in genere gli Enti locali) possono affidare in via diretta (*in house*) il servizio a società miste a prevalente partecipazione pubblica, o ad aziende municipalizzate, oppure creare appositi Enti pubblici (*istituzioni*)

Modernizzazione amministrativa

Le pubbliche amministrazioni del terzo millennio sono soggette a un incessante cambiamento, dovuto al mutamento della Costituzione economica materiale (v).

Lo Stato amministrativo del periodo interventista aveva moltiplicato all'infinito la sua struttura e le sue regolazioni, creando un vero *regulatory burden* per le imprese, i cui costi di transazione erano però compensati da sistemi di incentivo e sovvenzioni a pioggia.

La crisi fiscale, invece, collegando la finanza pubblica alla ricchezza del territorio (PIL), impone la produttività delle imprese e regole severe per le PA, eliminazione degli sprechi, riduzione dei costi, privatizzazioni o soppressione di intere amministrazioni.

Ciò provoca un immenso processo di *deregulation*, semplificazione accelerazione delle procedure, eliminazione di procedimenti di assenso, sostituiti da dichiarazioni di inizio di attività e così via.

Ma è la stessa amministrazione che deve oggi essere *produttiva*, altrimenti il suo costo per la collettività non sarà compensato da un positivo effetto dell'amministrazione sulla crescita economica. Questo spiega la ragione di federalismo e riforme, e del passaggio da una amministrazione per atti ad una amministrazione per servizi e risultati. Servizi, ovviamente, di qualità, che non basta dichiarare per averla davvero: non a caso da qualche tempo diverse PA hanno iniziato a certificarsi, da sole o, nei casi virtuosi, ricorrendo ai sistemi di enti internazionali di normalizzazione, come ISO (International Organization for Standardization) o la stessa Unione Europea.

VI. — CORTE COSTITUZIONALE

4. — *Ragioni*

Nell'Italia liberale l'idea di un sindacato costituzionale delle leggi si scontrò con il principio di flessibilità dello Statuto albertino: se la costituzione è flessibile, se le leggi possono cambiarla, come può immaginarsi un contrasto? e a chi spetterebbe comunque il controllo? In realtà solo l'esistenza di *contropoteri* può porre limiti alle decisioni degli organi di indirizzo politico-legislativo. Sotto questo profilo, l'idea del Re come "custode della costituzione" si mostrò ridicola, mentre gli unici possibili contropoteri, i giudici, hanno in genere preferito giocare più sull'interpretazione della legge, che sul sindacato di legittimità costituzionale.

La transizione dalle costituzioni liberali a quelle democratico-sociali ha accentuato e razionalizzato la gerarchia delle fonti incardinando in procedure e organi autonomi il controllo sulla legge e la difesa delle regole del gioco volute dalla Costituzione, nel quadro dell'affermazione del principio di *rigidità*, intesa come supremazia giuridica e politica delle regole costituzionali rispetto a tutte le altre fonti del diritto. Una situazione del genere implica un *transfert* della sovranità dal Potere legislativo verso l'organo di controllo, che dev'essere indipendente e dotato di strumenti efficaci, attraverso i quali imporre al Potere legislativo le sue decisioni.

I meccanismi di controllo della costituzionalità nell'esperienza comparatistica sono molteplici: il controllo può essere *interno*, cioè realizzato nell'ambito delle stesse strutture di indirizzo politico attivo, oppure *esterno*, affidato a poteri diversi e separati dagli organi politici. Nell'ambito di questa seconda categoria si può distinguere il sistema *accentrato*, in cui è istituito un organo apposito al quale è affidato il controllo, dal sistema *diffuso*, tipico dell'ordinamento americano, nel quale il sindacato di costituzionalità della legge (*judicial review*) è esercitato dal giudice comune, caso per caso, mediante disapplicazione delle leggi ritenute costituzionalmente illegittime.

Modello

I modelli europei continentali sono in genere passati da formule di autocontrollo delle stesse assemblee legislative al controllo esterno, con varietà di soluzioni; tuttavia, viene generalmente rifiutata la giurisdizione *diffusa* di costituzionalità (fatta eccezione per il caso, isolato, irlandese) motivando con la necessità di non concentrare in un unico organo sia la funzione di *controllo sulla legge* che quella di *applicazione giudiziale della legge*.

Di fatto, nei sistemi europei la comparsa delle magistrature costituzionali ha contribuito a depotenziare il ruolo dei parlamenti.

La Costituzione italiana del 1948 scelse il sistema di controllo esterno accentrato, con l'istituzione di una Corte costituzionale separata dagli altri organi politici la cui indipendenza è garantita dalla sua composizione articolata, dalla particolare professionalità dei membri, da immunità, inamovibilità e non rieleggibilità dei giudici, dalla inimpugnabilità delle decisioni della Corte.

La struttura e la funzione della Corte costituzionale italiana sono descritte negli articoli 134 e seguenti della costituzione, ai quali debbono aggiungersi le leggi costituzionali e ordinarie e i regolamenti adottati dalla Corte stessa, che ne hanno dato progressiva attuazione.

Estensione

Il controllo della Corte si estende sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge dello stato e delle regioni, escluse dunque le fonti secondarie e regolamentari e comprese le leggi costituzionali e di revisione della costituzione: malgrado quest'ultima affermazione sembri essere una contraddizione in termini (come può violare la costituzione una categoria di leggi, alla quale la costituzione stessa

attribuisce nell'articolo 138 la forza di modificare le sue norme), il valore della questione diviene chiaro se si accetta la distinzione tra fonti costituzionali e fonti supreme (v. Lez. 2).

Sono escluse dalla competenza della Corte, per sua esplicita statuizione, le fonti del diritto comunitario; solo nel caso in cui gli eventuali contrasti tra queste e il nucleo di principi di struttura della Costituzione italiana non riuscissero in futuro a trovare soluzione nelle garanzie dello stesso ordinamento comunitario, mediante l'intervento della Corte di giustizia della Comunità europea; la Corte costituzionale si riserva di intervenire. Ma la prospettiva è, allo stato attuale, solo teorica.

Composizione

Nella sua forma ordinaria la Corte si compone di 15 giudici, nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per il restante terzo dalle supreme magistrature ordinarie e amministrative (art. 135 Cost.). I giudici, a maggioranza assoluta, eleggono un Presidente, con importanti funzioni di impulso e coordinamento.

La durata in carica dei giudici ordinari della Corte è di 9 anni a decorrere dal giuramento; essi non possono essere rinominati.

In composizione ordinaria la Corte funziona con un quorum strutturale (numero minimo dei presenti per la validità della riunione) di almeno undici giudici; il quorum funzionale (cioè il criterio di votazione) è quello della maggioranza dei votanti, prevalendo in caso di parità il voto del Presidente. Le procedure interne non sono rese note, a differenza di altri ordinamenti che prevedono la pubblicizzazione del *dissent*, cioè delle opinioni minoritarie dissenzienti rispetto alla decisione.

Le funzioni

La Corte è un giudice e pertanto i suoi atti (sentenze e ordinanze) hanno natura tipicamente giurisdizionale, con un carattere peculiare: non sono appellabili, né riformabili da parte di nessun, né comunque soggette a controllo di altri poteri o altri giudici, compresa la Corte di Cassazione.

Come avviene in genere per ogni giudice, la Corte non ha una diretta iniziativa rispetto alle sue competenze, nel senso che il suo intervento può essere attivato solo da altri soggetti (ad esempio un altro giudice, un organo dello stato, una regione); essa, tuttavia, nel corso di un giudizio di costituzionalità su una norma, può sollevare davanti a sé stessa, in quanto giudice, un ulteriore giudizio incidentale (v. infra). Inoltre essa non può decidere su questioni diverse e ulteriori da quelle che le sono state sottoposte, cioè vi deve essere la c.d. corrispondenza tra chiesto e pronunciato; tuttavia la inappellabilità impedisce controlli sulla corretta applicazione di questo limite.

Le funzioni della Corte costituzionale sono di quattro tipi;

- a) giudizi sulla costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, mediante ricorso incidentale oppure ricorso diretto (che esamineremo in dettaglio);
- b) giudizi sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni;
- c) giudizi sulle accuse promosse dal Parlamento contro il Presidente della Repubblica per alto tradimento o attentato alla Costituzione;
- d) giudizi sulla ammissibilità del referendum abrogativo.

Il giudizio in via incidentale (1)

La scelta del sistema accentrato di costituzionalità non si addice all'accesso diretto alla Corte da parte di tutti i cittadini. Occorre, per evitare ingorghi e depotenziamento dell'organo, un filtro. Pertanto, la regola generale è che alla Corte pervengono solo le questioni di costituzionalità poste da un giudice sulle leggi che questo deve applicare nel corso di un giudizio (questione incidentale).

Per questa ragione si parla di giudice (e giudizio) “a quo” (formula latina che significa “dal quale” è sollevata la questione).

Nel corso del giudizio *a quo*, la questione è sollevata dalle parti, o dallo stesso giudice, il quale, tuttavia, prima di attivare il procedimento davanti alla Corte, deve esprimersi sulla *rilevanza* (cioè della effettiva utilità della questione per la decisione del processo), e sulla *non manifesta infondatezza* (cioè sulla esistenza di un ragionevole dubbio di costituzionalità della legge impugnata). Se tali requisiti esistono, il giudice *a quo* può, con ordinanza e non con sentenza, respingere l’eccezione e continuare il processo, oppure accoglierla, sospendere il giudizio e rinviare gli atti alla Corte costituzionale.

Il giudizio in via incidentale (2)

L’ordinanza del giudice *a quo* apre il processo, completamente autonomo dal giudizio *a quo*, davanti alla Corte costituzionale. Le parti (sia quelle del giudizio a quo, sia il Governo) possono costituirsi o meno: il giudizio costituzionale procede in ogni caso.

Sulla questione la Corte decide in via definitiva con *sentenza*; può anche decidere con *ordinanza*, nei casi di manifesta inammissibilità del ricorso, di manifesta infondatezza, o quando restituisce gli atti al giudice *a quo* per un riesame.

In base all’art. 136 Cost. le sentenze possono essere di accoglimento e di rigetto. Nel primo caso la Corte dichiara l’incostituzionalità della legge, che perde con effetto retroattivo sul processo *a quo* e su tutti gli altri giudizi non ancora passati in giudicato (v. Lez. 11) dopo la pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta Ufficiale. Nel secondo caso, la Corte dichiara l’irrilevanza o la manifesta infondatezza della questione, e rimette gli atti al giudice *a quo*, che deve applicare la legge impugnata, senza poter sollevare nuovamente la questione nel corso del medesimo processo. La stessa questione, tuttavia, può legittimamente essere sollevata, anche con altre motivazioni, da qualsiasi altro giudice

Il giudizio in via principale

Un’altra via per attivare il giudizio della Corte sulle leggi è il ricorso in via diretta o principale, in cui lo Stato, attraverso il Presidente del Consiglio e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, impugna una legge di una Regione, o una Regione impugna una legge statale o una legge di un’altra Regione, mediante ricorso diretto, cioè senza il filtro del processo *a quo*.

La recente riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione (l. c. 3/2001) ha introdotto alcune variazioni al precedente regime: ora il ricorso può essere solo successivo, cioè proposto solo dopo l’entrata in vigore della legge impugnata, e non oltre il termine sia sessanta giorni a partire dalla data di pubblicazione della medesima, mentre in passato il Governo poteva impugnare le leggi regionali in itinere, durante la procedura di controllo ora abolita.

Inoltre i motivi del ricorso sono delimitati ai vizi di incompetenza della legge impugnata, quando, cioè, Stato o Regioni eccedono i limiti costituzionali alle loro rispettive sfere di competenza legislativa (v. Lez. 14)

❖ LA MAGISTRATURA

⚡ Premessa

Abbiamo già visto come la funzione giurisdizionale sia una componente essenziale dell'ordinamento giuridico e la sua indipendenza costituisca un elemento indefettibile della configurazione dello Stato costituzionale di diritto.

Essa è attribuita a particolari organi dello Stato (Corti, composte di giudici) in posizione di terzietà e imparzialità, che costituiscono nel loro complesso la Magistratura o Potere giudiziario; questo, a differenza degli altri poteri dello Stato, non possiede un organo sovrano di vertice, essendo la sovranità necessariamente diffusa in ciascuna Corte nell'esercizio delle sue funzioni, che altrimenti sarebbe priva di indipendenza.

La giurisdizione risolve le controversie sull'applicazione del diritto, sorte o per la incertezza delle norme regolanti una data situazione o per il rifiuto di un soggetto di osservare tali norme. La controversia può sorgere tra soggetti privati o fra privati e Pubblica Amministrazione, oppure fra diritto di difesa dell'individuo e diritto punitivo dello Stato.

Alla Magistratura è dedicato l'intero Titolo IV della Parte Seconda della Costituzione dall'art. 101 all'art. 113, di cui esporremo nella prossima slide i principi fondamentali.

Principi costituzionali (1)

Imparzialità del giudice – Trae fondamento dal principio di eguaglianza formale (art. 3, c. 1, Cost.) e traduce in pratica, cioè nell'applicazione del diritto alla soluzione dei conflitti concreti, il principio del “diritto eguale” che caratterizza lo Stato di diritto.

Diritto alla tutela giurisdizionale - L'art. 24 al primo comma afferma che “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”. Tale tutela è accordata anche contro gli atti della pubblica amministrazione. Il diritto di agire in giudizio è riconosciuto a tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato e quindi anche ai non cittadini.

Giudice naturale - L'art. 25 stabilisce che “*nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*” e si ricollega al principio stabilito all'art. 102, c. 2 in base al quale “*non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali*”. Si tratta di due divieti rivolti al legislatore che mirano ad assicurare l'imparzialità del giudice e la certezza del diritto. Con il primo si garantisce la previa costituzione del giudice competente a decidere sulla controversia, con il secondo si vieta la costituzione di organi giudicanti costituiti successivamente al verificarsi dei fatti oggetto del giudizio.

Principi costituzionali (2)

Subordinazione alla legge – L'art. 101 c. 2 afferma che “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”. Tale principio rende il giudice autonomo e indipendente, due valori strumentali alla salvaguardia della libertà di giudizio e della necessaria terzietà rispetto alle parti.

L'indipendenza dei giudici è sia “esterna” da qualsiasi altro potere (ed infatti la Costituzione prevede che ogni provvedimento sui magistrati deve essere assunto da un'autorità di speciale garanzia, il Consiglio Superiore della Magistratura, CSM), sia “interna”, cioè sono esclusi vincoli gerarchici tra i magistrati (art. 107 c. 3 “*i magistrati si dividono tra loro solo per diversità di funzioni*”).

Inamovibilità – E' un principio che si collega all'indipendenza interna, ed impone il divieto di procedere alla dispensa o alla sospensione dal servizio o alla destinazione ad altra sede o funzione, se non in seguito ad una decisione del CSM, “*adottata per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario*”.

Obbligo di motivazione – Come tutti gli atti pubblici che si dirigono a persone individuate, i provvedimenti giurisdizionali necessitano di motivazione (art. 111 c. 6), mediante la quale la parte può controllare la fondatezza delle pronunce ed eventualmente presentare impugnativa dinanzi ai giudici di grado superiore. Attraverso la motivazione inoltre si rendono pubbliche le tendenze dell'interpretazione giudiziale (la "giurisprudenza") e le loro ragioni.

Giusto processo – Contenuto nel nuovo art. 111 così come modificato dalla legge costituzionale n.2 del 99, riassume i principi precedenti e punta ad assicurare l'effettiva parità delle parti nel processo, il rigoroso rispetto del diritto alla difesa, l'effettiva terzietà degli organi giudicanti.

Ordinamento giudiziario

Il sistema giudiziario italiano è composto da più Magistrature (o Giurisdizioni) con differenti *competenze giurisdizionali*, una a carattere generale, la Giurisdizione ordinaria, altre, con competenze specifiche; si tratta della Magistratura amministrativa, della Magistratura contabile, del Giudice Tributario, della Magistratura militare.

I giudici ordinari hanno una competenza generale in materia civile e in materia penale; i giudici speciali hanno competenza in materie specifiche (ad esempio i conflitti che riguardano la Pubblica amministrazione nella sua posizione di supremazia verso i privati sono devoluti al Giudice amministrativo) oppure hanno competenze eccezionali in materia penale e civile nei casi previsti dalle leggi e ammessi dalla Costituzione.

La giurisdizione penale è competente per l'applicazione di quelle norme (penali) la cui violazione comporta una sanzione penale (reclusione, multa).

La giurisdizione civile si occupa dei conflitti tra soggetti privati e della tutela dei diritti e si svolge su iniziativa dei privati stessi.

In relazione alle funzioni i giudici ordinari si distinguono in organi giudicanti (che appunto decidono in ordine alla soluzione delle controversie), e organi requirenti (che hanno la funzione di stimolare il giudizio).

Il Giudice civile

Le differenti competenze dei giudici sono attribuite dalla legge attraverso il criterio delle materie oggetto di giudizio, oppure il criterio dell'ambito territoriale entro il quale il giudice è chiamato a svolgere la sua funzione, oppure il grado di giudizio.

Come schema generale, il primo grado di giudizio è davanti al Giudice di pace (giudice individuale) o al Tribunale (individuale o, nelle ipotesi di legge, in forma collegiale). Le decisioni del Giudice di pace sono impugnabili davanti al Tribunale e quelle adottate dal Tribunale in primo grado, sono appellabili davanti alla Corte d'Appello (giudice collegiale).

Il terzo grado di giudizio si svolge davanti alla Corte di cassazione (v. infra).

Il Giudice penale

In materia penale sono giudici di primo grado il giudice di pace, il Tribunale e la Corte d'Assise (giudice collegiale, che comprende giudici togati e una giuria composta di cittadini). Quest'ultima è competente per i reati più gravi.

In secondo grado, troviamo la Corte d'Appello per le impugnazioni delle sentenze dei Tribunali e la Corte d'Assise d'Appello, per le impugnazioni delle sentenze della Corte d'Assise.

Tra i giudici ordinari con competenze penali rientrano anche il *Tribunale della libertà* e il *Tribunale per i minorenni*, che hanno particolari requisiti e competenze specifiche per determinate materie. Il primo, istituito presso ogni capoluogo di provincia, è chiamato a riesaminare anche nel merito i provvedimenti

restrittivi della libertà, ed entro 3 giorni (prorogabili a 6), deve confermare o revocare il provvedimento. Al secondo sono devolute la cause riguardanti i minori.

I Giudici requirenti.

Sono quei giudici ai quali non spetta la decisione della controversia, bensì l'esercizio delle funzioni di Pubblico Ministero, che sono di stimolo e preparatorie rispetto alla decisione, nell'interesse generale alla giustizia o per la tutela di posizioni soggettive altrimenti indifese. Tali organi requirenti sono rappresentati dalle Procure della Repubblica presso i Tribunali, dalla Procura generale presso le Corti d'appello e dalla Procura generale presso la Cassazione.

Il PM è obbligato a promuovere l'azione penale non appena viene a conoscenza di una notizia di reato, di fatto avviando il processo penale, di cui diviene parte accusatoria.

Oltre a queste competenze in materia penale, il PM ha alcune attribuzioni anche in campo civile e amministrativo; ad esempio deve promuovere l'azione per l'annullamento e sospensione delle delibere assembleari di società, l'azione per la dichiarazione di morte presunta ecc. Anche in questi casi, pur in assenza di una specifica previsione legislativa, si ritiene che esista per il PM un obbligo di agire.

I Giudici amministrativi

I giudici amministrativi sono giudici speciali competenti sulle controversie tra Pubbliche Amministrazioni o tra P.A. e privati, relative a rapporti di diritto amministrativo.

La regola di massima per la ripartizione della competenza prevede l'attribuzione ai giudici ordinari dei conflitti derivanti dalla lesione di diritti soggettivi a causa dell'attività amministrativa, mentre i giudici amministrativi giudicano sugli interessi legittimi. In casi di intreccio tra diritti e interessi la materia viene talora attribuita interamente al giudice amministrativo (*giurisdizione esclusiva*).

La tradizionale distinzione, fondata sugli art. 24 c. 1, 103 c. 1, 113 c. 1, Cost., tra diritto soggettivo (situazione soggettiva riconosciuta al singolo in quanto tale) e interesse legittimo (situazione soggettiva riconosciuta al singolo non solo nel suo interesse ma anche nell'interesse pubblico) è venuta ad attenuarsi con la storica sentenza n. 500/1999 della Cassazione, che ha ammesso la risarcibilità anche degli interessi legittimi.

Organi della giurisdizione amministrativa sono i Tribunali amministrativi regionali e il Consiglio di Stato. come giudice di appello. Entrambi hanno la giurisdizione generale di legittimità sugli atti amministrativi, e il potere di annullarli. Qualora la pubblica amministrazione non si conformi al giudicato, è possibile un *giudizio di ottemperanza* attraverso il quale il giudice amministrativo esercita un potere sostitutivo nei confronti della Pubblica Amministrazione.

La Corte di Cassazione

Come massimo organo del sistema giudiziario opera la Corte di Cassazione, che giudica sui ricorsi contro le sentenze di appello, nonché sui conflitti di competenza fra giudici ordinari, di giurisdizione tra giudici ordinari e speciali e di attribuzione tra giudici e P.A.

Il *ricorso per cassazione* può riguardare solo le eventuali violazioni di legge compiute dagli organi giudicanti e non il merito delle singole questioni decise. Pertanto la Cassazione è definita giudice della legittimità nel senso che non va a riesaminare i fatti ma, su ricorso delle parti, si limita ad esaminare se nel precedente processo il diritto è stato correttamente interpretato e applicato.

La Cassazione può annullare le sentenze ritenute illegittime senza alcun rinvio, oppure, se il contenuto della sua decisione necessita di un nuovo giudizio, può annullarle *con rinvio* ad un nuovo giudice di merito che riesaminerà la causa, attenendosi alle prescrizioni in punto di diritto indicate dalla Cassazione.

Quale organo di chiusura del sistema giudiziario la Cassazione ha l'importante funzione di assicurare l'uniformità dell'interpretazione delle norme di legge da parte dei giudici, attraverso la definizione, con le sue sentenze, delle linee interpretative cui i giudici dovranno attenersi (*funzione "nomofilattica"*)

A seconda delle materia di volta in volta trattata sono competenti le Sezioni civili, quelle penali o quelle del lavoro di cui si compone la Corte di Cassazione.

Il Consiglio di Stato

L'art. 103.1 Cost. afferma che "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". L'art. 100.3 Cost. sancisce l'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti di fronte al Governo, a garanzia della quale è istituito un organo di autogoverno della magistratura amministrativa: il *Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa*.

Il Consiglio di Stato ha competenze sia consultive che di tutela della giustizia nell'amministrazione, e in ordine a queste è anche giudice di appello rispetto alle sentenze adottate dai Tribunali amministrativi regionali (TAR).

Relativamente alle funzioni consultive, il Consiglio di Stato può essere incaricato dal Governo ad esprimere il suo parere su proposte di legge e addirittura a redigere progetti di legge e di regolamento. Questi pareri possono essere facoltativi, e in tali casi l'amministrazione pubblica può disattendere il parere senza dare alcuna motivazione, possono essere obbligatori per legge, e quindi l'amministrazione dovrà motivare l'eventuale decisione difforme oppure, in casi molto rari, possono anche essere vincolanti.

La Corte dei Conti

La Corte dei Conti ha molteplici funzioni disciplinate direttamente dalla Costituzione (art. 100.2: "*esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato...riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro avvenuto*") e art. 103.2: "*ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*"). Essa è stata istituita come *longa manus* attraverso il quale il Parlamento esercita il controllo contabile sull'operato del Governo e della P.A.

E' un composta da circa 600 magistrati, e, oltre ad alcune funzioni giurisdizionali in vari settori dove è in gioco l'interesse finanziario dello Stato, esercita anche funzioni amministrative di controllo esterno sulla P.A. statale e in parte anche su quella regionale e locale.

Si articola in Sezioni regionali (sia di controllo che giurisdizionali) e Sezioni centrali (3 di controllo e 3 giurisdizionali), le quali hanno funzione di giudice di secondo grado nei confronti delle sentenze delle Sezioni regionali.

La giurisdizione contabile riguarda i funzionari delle Pubbliche amministrazioni, ha carattere inquisitorio ed è promossa dai Procuratori regionali e dal Procuratore generale della Corte dei Conti. La Corte giudica infine anche sulle controversie in materia di pensioni relative al rapporto di pubblico impiego.

Il processo

Il processo rientra nella figura generale del procedimento pubblico. ma si caratterizza per la minuziosità e complessità delle regole poste a tutela della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive.

La *sentenza passata in giudicato* (per cui cioè sono esauriti gli strumenti di impugnazione o sono scaduti i termini per impugnare) costituisce il *diritto vivente* del caso concreto. Per tale ragione il processo è minuziosamente regolato e articolato in fasi, con formalità predeterminate e inderogabili.

Elementi indefettibili del processo sono le *parti* (“attore” e “convenuto”) e il giudice. L’attore avvia il processo presentando un ricorso; il giudice non può agire di sua iniziativa, ma è sempre attivato dall’iniziativa della parte interessata.

Il convenuto è colui contro il quale l’attore ha chiesto l’intervento del giudice e che viene chiamato in giudizio. Esso prende il nome di *imputato* nel processo penale e di *resistente* nel processo amministrativo.

VIII. — DIRITTI E LIBERTÀ

4. — I diritti inviolabili

L'art. 2 Cost. esordisce affermando che “La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”. L'invulnerabilità pone il *sistema dei diritti* all'interno delle *fonti supreme*, cioè nel nucleo di valori non modificabili né dal legislatore ordinario né dal legislatore costituzionale.

Tale riconoscimento e garanzia si estende anche alle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo individuo, quali la famiglia, le associazioni, i partiti, i sindacati, la scuola ...

Tutti i diritti inviolabili sono diritti assoluti (in quanto esercitabili nei confronti di chiunque) e, salvo le libertà economiche,

- sono inalienabili, irrinunciabili e indisponibili (il soggetto titolare non può rinunciarvi, né può cederli ad altri),
- il loro mancato esercizio, anche per lungo tempo, non ne comporta la prescrizione, ossia la perdita.

In dottrina l'art. 2 viene considerata una “clausola aperta”, nel senso che in esso si riassumono sia i diritti espressamente tutelati nelle altre norme costituzionali, sia quei valori di libertà che, pur non avendo un riconoscimento formale, emergono nella costituzione materiale.

Il sistema dei diritti

I diritti di libertà vengono generalmente classificati in diritti di libertà negativi e positivi.

Nella prima categoria rientrano i diritti civili e politici e le libertà economiche, qualificati “negativi” in quanto il loro esercizio nega ogni intervento limitativo dello Stato e di chiunque. Essi vengono intesi nel senso di “assenza di limiti e divieti” e vengono tutelati proprio quando lo Stato si astiene dal vincolarne l'esercizio; essi si affermano, come sappiamo, nello Stato liberale. Tra i più rilevanti: libertà personale, libertà di circolazione, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di associazione, libertà religiosa, libertà d'impresa, libertà sindacale.

Nella seconda categoria si fanno rientrare i diritti sociali, ossia quelli che possono essere garantiti soltanto attraverso l'intervento diretto dei pubblici poteri. Si tratta dei cd diritti della seconda generazione che si affermano con l'avvento dello Stato sociale interventista. Tra i più rilevanti: il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla sicurezza sociale, il diritto al lavoro.

Esiste inoltre una serie di situazioni, indicate talora come diritti della terza generazione, la cui emergenza è un prodotto della modernizzazione, quali diritto all'ambiente, libertà di preferenza sessuale, diritto alla pace, diritto allo sviluppo, inquadri variamente nelle due categorie, ma spesso inseriti in una dimensione transnazionale.

Principio di eguaglianza

Il primo comma dell' art. 3, Cost., pone il principio di eguaglianza formale: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

Il principio, di cui conosciamo le implicazioni nella teoria dello Stato e delle fonti (legalità/generalità/astrattezza), ha un valore assoluto nella tutela delle libertà e significa che il legislatore deve trattare in maniera eguale le situazioni che l'ordinamento riconosce eguali, e in maniera egualmente diversa le situazioni che l'ordinamento riconosce diverse. Per stabilire quando una legge è discriminatoria, la Corte costituzionale ha elaborato il principio di ragionevolezza, in base al quale occorre stabilire se esiste una “ragione” costituzionalmente rilevante che giustifichi il diverso trattamento, altrimenti la discriminazione è incostituzionale.

La Costituzione europea, inoltre, impone che il principio di non discriminazione sia esteso in via generale a tutti i cittadini “europei”, in particolare per quanto riguarda l'esercizio delle libertà fondamentali e delle libertà economiche all'interno di ogni Stato membro

Il secondo comma dell'art. 3 pone il principio di eguaglianza sostanziale, che obbliga i pubblici poteri di intervenire nell'economia per rimuovere le disuguaglianze materiali che impediscono il pieno godimento dei diritti di libertà. Il principio si collega all'avvento dello Stato sociale interventista e costituisce il fondamento della teoria dei diritti sociali.

Libertà personale

Tutelata nell'art. 13 Cost. essa va intesa in senso fisico e morale: consiste nel diritto di non essere fermati, perquisiti, arrestati e di non subire costrizioni psicologiche e di nessun tipo, salvo quando ricorrono due condizioni: una riserva di legge e una riserva di giurisdizione

In primo luogo, essa può essere limitata solo dalla legge, in casi tassativi, e nel rispetto dei valori fondamentali dello Stato di diritto e dei principi costituzionali. La responsabilità penale è infatti personale, e si configura solo per comportamenti dolosi o colposi che violano altri valori protetti dalla Costituzione. Le costrizioni e le sanzioni, che devono mirare alla rieducazione del condannato, non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, e comunque è esclusa la pena di morte.

Inoltre, la riserva di giurisdizione impone che qualsiasi limitazione concreta alla libertà personale di un individuo debba sempre essere decisa da un giudice, e non da altri pubblici poteri. Il fermo di polizia deve essere comunicato entro 48 ore all'autorità giudiziaria, che può convalidare l'arresto entro le successive 48 ore, e disporre la custodia cautelare solo per evitare che l'imputato fugga, che inquina le prove o che ripeta il reato, e solo per un periodo massimo tassativamente fissato dalla legge.

Libertà di manifestazione del pensiero

In base all'art. 21 Cost., "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione".

Gli unici limiti dovrebbero essere costituiti dalla tutela della riservatezza delle altre persone e dal buon costume, ma la giurisprudenza ha giustificato legislazioni più restrittive con la necessità di reprimere i reati di ingiuria, diffamazione, calunnia, istigazione a delinquere, vilipendio al Capo dello Stato, legittimando una categoria di reati di opinione difficilmente conciliabile con i valori dello Stato di diritto.

Un problema formidabile è la disciplina dell'uso e della proprietà dei mezzi di comunicazione di massa, che costituiscono il vero limite all'estensione e all'esercizio effettivo di questa fondamentale libertà.

Importanti applicazioni della libertà di pensiero si hanno nell'art. 33 Cost. che tutela le libertà di arte, scienza e insegnamento.

Privacy

Gli art. 14 ("Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge.) e 15 ("La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili") Cost. danno fondamento a un complesso di libertà che si è venuto a configurare come un diritto di terza generazione, il diritto alla riservatezza.

Il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196: "Codice in materia di protezione dei dati personali", garantisce, affidandone il controllo ad una apposita Autorità indipendente, che il trattamento dei dati sensibili delle persone si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali.

Le limitazioni ai diritti alla riservatezza e al domicilio, come per la libertà personale, sono sottoposti a riserva di legge e di giurisdizione.

Libertà di circolazione

L'art. 16 Cost. che formalmente riferisce tale diritto ai "cittadini", va integrato con il principio europeo di estensione delle libertà di circolazione senza distinzione di nazionalità, sia per quanto

concerne gli elementi strutturali della Costituzione europea del mercato (libertà di circolazione delle merci e dei capitali e libertà di stabilimento delle imprese) ma anche in relazione alla libertà di circolazione dei servizi, dei lavoratori e dei cittadini di ogni Stato membro.

La conclusione degli accordi di Schengen (entrati in vigore nel 1995) ha costituito il passo più importante verso l'istituzione del mercato interno senza ostacoli alla libertà di circolazione per le persone, vale a dire abolizione dei controlli alle frontiere interne di tutti i paesi firmatari. Questo significa che i cittadini di uno Stato hanno ora una immensa estensione dello spazio in cui esercitare la loro libertà.

Come per l'ordinamento interno, anche in Europa i diritti connessi alla libera circolazione delle persone sono soggetti a restrizioni giustificate da motivi di sicurezza pubblica, ordine o sanità (articoli 39, 46, 55 del Trattato CE). Tali eccezioni sono di stretta interpretazione e riservate alla legge, secondo i principi generali di non discriminazione, proporzionalità e tutela dei diritti di libertà,

I diritti sociali

I diritti sociali tutelano l'interesse e la pretesa del cittadino a ottenere determinate prestazioni dall'amministrazione diretta o indiretta dello Stato.

I diritti sociali sono diritti "positivi", ossia prevedono un ruolo attivo dello Stato sociale – *Welfare State*, che deve intervenire apprestando servizi ed erogando prestazioni per assicurare, in termini generali, la *liberazione dal bisogno* di tutti i cittadini.

Tuttavia, il condizionamento finanziario derivante dagli equilibri necessari nella nuova Costituzione economica ha avviato un processo di riduzione di tali garanzie e di traslazione dei relativi compiti dallo Stato alle Regioni. Resta allo Stato, in ogni caso la funzione di predisporre gli standard minimi dei livelli dei servizi sociali e sanitari.

I più rilevanti in questa sede sono il Diritto alla sicurezza sociale, Diritto alla salute, il Diritto all'istruzione.

Diritto alla sicurezza sociale

Si scompone nel Diritto all'*assistenza sociale* per tutti i cittadini che si trovino in stato di bisogno ex art. 38, comma 1, cost. (in particolare, gli "inabili e i minorati" – è il linguaggio della Costituzione italiana - hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale, gli anziani hanno diritto a forme adeguate di assistenza anche domiciliare), e nel Diritto alla *previdenza sociale* dei lavoratori a che siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

Diritto alla salute

In base al disposto dell'art. 32 Cost. "La Repubblica riconosce la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. Lo Stato garantisce cure gratuite agli indigenti. Il diritto alla salute rappresenta uno dei più importanti diritti sociali e condiziona fortemente il godimento di tutti gli altri diritti; tuttavia, esso non richiede necessariamente un servizio sanitario nazionale generalizzato, sia perché le cure gratuite spettano solo agli indigenti, sia per la ricordata esigenza di equilibrio del bilancio dello Stato, sia perché in molti ordinamenti esso viene efficientemente soddisfatto dai privati e dal mercato, e lo Stato interviene mediante trasferimenti in denaro ai più indigenti (modello nordico, molto meno soggetto agli immensi sprechi e agli scandali che sono all'ordine del giorno nel nostro Paese).

La inviolabilità del diritto sotto l'aspetto "negativo" implica che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, che non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Diritto all'istruzione

Il diritto all'istruzione è realizzato mediante l'ordinamento scolastico, che si configura come una parte del diritto pubblico, poiché regola il governo e l'amministrazione scolastica, ossia la struttura, le

procedure, gli organi ed i soggetti (anche privati) attraverso i quali lo Stato esercita la funzione pubblica dell'insegnamento.

Il complesso quadro della legislazione scolastica costituisce un sottosistema normativo che va inquadrato in un sistema costituzionale di principi.

In primo luogo l'art. 9 Cost., che impone allo Stato di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, presuppone una relazione tra cultura e personalità dell'individuo. Costituiscono corollari del suddetto principio dello sviluppo culturale: a) il riconoscimento della libertà di insegnamento (art. 33, c. 1) che rappresenta una specificazione della libertà di manifestazione del pensiero e, ad un tempo, il presupposto per garantire l'affermazione del pluralismo culturale e ideologico, ossia del valore tipico di un sistema di convivenza democratica; b) il libero accesso all'istruzione scolastica (art. 34, c. 1); c) l'obbligatorietà e gratuità del diritto/dovere all'istruzione (art. 34, c. 2); c) il riconoscimento del diritto allo studio anche a coloro che sono privi di mezzi, purché capaci e meritevoli (art. 34, c. 3); d) la libertà di istituzione di scuole private, ma senza oneri per lo Stato (art. 33, comma 3); e) la possibilità di parificazione delle scuole private a quelle statali, quanto agli effetti legali ed al riconoscimento professionale del titolo di studio (art. 33, c. 4). il principio di estensione del diritto, in condizioni di pari opportunità, ai "diversamente abili" (art. 38, comma 3, il quale peraltro usa una formula, sia ormai desueta che riduttiva; "gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale").

Libertà di insegnamento

La libertà d'insegnamento va intesa principalmente come assenza di condizionamenti nelle scelte didattiche dei metodi e dei contenuti (libertà di istruzione), anche se la sua estensione contiene anche la libertà di predisporre strutture pubbliche o private di istruzione e regole che ne disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento (libertà dell'istruzione).

L'art. 1 del TU 297/1994 sancisce: "la libertà d'insegnamento è intesa come autonomia didattica e come libera espressione culturale del docente (...) ed è diretta a promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni"; applicazioni importanti si trovano in alcune leggi generali di riforma amministrativa, come il d.lgs. n. 29/1993 (art. 7): "le amministrazioni pubbliche garantiscono la libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca". e la legge Bassanini (59/97, art. 21): "L'autonomia didattica è finalizzata al perseguimento degli obiettivi generali del sistema d'istruzione, nel rispetto della libertà d'insegnamento... Essa si sostanzia nella scelta libera e programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche...".

E nel DPR 275/99, che ha introdotto l'autonomia scolastica e la razionalizzazione del sistema amministrativo si dice chiaramente che, nell'ambito delle scelte programmate dell'Istituto (POF, Piano dell'Offerta Formativa), i docenti hanno il compito e la responsabilità della progettazione e dell'attuazione del processo di insegnamento e di apprendimento (art. 16).

Limiti (1): l'indirizzo politico

La normativa appena citata svela l'esistenza di possibili limiti al libero insegnamento derivanti altri valori costituzionali ma anche da programmi, indirizzi, direttive.

Fino a che punto la libertà in oggetto può considerarsi limitata da un POF, o da indicazioni legislative o ministeriali che individuano il core curriculum, gli obiettivi e i livelli di apprendimento?

È corrente l'affermazione che l'insegnante, in qualità di pubblico dipendente, è anche soggetto alla gerarchia amministrativa del sistema scolastico, e al potere politico di vertice, cioè il Ministro, dato che l'art. 33 c. 2 Cost., attribuisce allo Stato la potestà di fissare norme generali sull'istruzione.

In altre parole, sarebbe il potere politico (statale, regionale, ecc.) a fissare i livelli di apprendimento che la società vuole e che perciò finanzia attraverso il prelievo fiscale. Pertanto l'insegnante sarebbe chiamato a programmare e modulare i propri interventi didattici in vista del conseguimento di quei livelli.

Indubbiamente la Costituzione ammette limitazioni del genere ma le circoscrive. In primo luogo esse debbono essere garantite da legge, e avere carattere di ragionevolezza e proporzionalità. In secondo luogo, si deve considerare la parola “Stato” in termini evolutivi, comprendenti i valori esponenziali della *Multilevel Constitution* (Unione europea, Stato, Regioni), che nel tempo presente è sede di legittimazione per la definizione degli indirizzi del sistema di istruzione e formazione. Solo in questo contesto un limite anche minimo alla libertà assoluta d’insegnamento a favore dell’indirizzo “politico” (non della politica) dell’istruzione appare possibile.

Limiti (2): la libertà di apprendere

L’attività didattica può esercitarsi senza vincoli di ordine culturale, politico, religioso o, comunque, ideologico, ma nel rispetto di un’altra essenziale libertà, cioè della libertà di pensiero del discente, del quale va sviluppato il senso critico e l’autonomia. In altri termini, i diritti dell’insegnante devono essere esercitati nel pieno rispetto di quelli altrettanto essenziali dell’allievo, che confluiscono nella libertà di apprendere. Legittimamente pertanto il legislatore ha identificato i punti sensibili della libertà d’insegnamento nel “rispetto delle norme costituzionali e degli ordinamenti della scuola, nonché il rispetto della coscienza morale e civile degli alunni” (art. 1-2 d.lgs. 297/1994).

Rispetto, tuttavia, non vuol dire bavaglio, e a chi insegna deve essere assicurato il più ampio margine di libertà di coscienza, di scienza e di trasmissione dei saperi. Si tratta di un terreno delicato in cui diritto e sensibilità debbono circoscrivere confini non oppressivi ed equilibrati, capaci di contemperare gli insopprimibili valori della libertà di insegnare, della libertà di apprendere, della diversità delle persone e dell’efficienza della scuola in una società che cambia rapidamente i suoi costumi, le sue forme, i suoi contenuti.

Tutele transnazionali

I diritti di libertà civili, politici, sociali e il principio di eguaglianza sono una componente primaria e ineliminabile del nucleo costituzionale degli ordinamenti moderni; la loro protezione avviene in primo luogo all’interno degli Stati, attraverso le Costituzioni, il ruolo dei pubblici poteri e soprattutto delle Magistrature, in particolare le Corti costituzionali.

Il diritti dell’uomo sono oggetto di tutela anche in numerose fonti in ambito internazionale. Anche se l’obiettivo primario di tali tutele è la realizzazione di una civiltà giuridica mondiale più avanzata possibile, una delle componenti dell’esigenza di tutela transnazionale uniforme dei diritti, specie in ambito europeo, è la necessità di creare un ordinamento giuridico comune delle libertà nei mercati globali, per evitare che le differenze tra gli Stati nella tutela dei diritti, aumentando la competitività delle imprese di Paesi dove questi sono meno tutelati, falsino la concorrenza e ostacolino la realizzazione di un mercato unico.

Tra le principali fonti internazionali di tutela ricordiamo la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (ONU, 1948), che però manca di una tutela giurisdizionale sovrastatale, e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che dispone di una Corte europea dei diritti umani (CEDU), di grande prestigio, le cui sentenze tuttavia non hanno carattere sovranazionale, vincolando gli Stati, ma non entrando direttamente negli ordinamenti interni.

La Corte di giustizia della Comunità europea, invece, dispone di questo effetto sovranazionale; anche se la sua missione è stata finora fondata più sulle esigenze del mercato unico, da tempo ha iniziato anch’essa ad applicare non solo le disposizioni della Convenzione europea, ma anche i principi costituzionali comuni degli Stati membri. Si tratta di un sistema giuridico effettivamente operante, oggi integrato con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta di Nizza) firmata nel 2000 dai paesi che partecipano all’Unione europea e ora confluita nel Trattato di Lisbona.